

UiO • Det juridiske fakultet

Tilgi våre synder...

Om misligheter som avvisningsgrunn ved offentlige anskaffelser

Kandidatnummer: 207

Leveringsfrist: 1. august 2014

Antall ord: 39 851



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING.....	1
1.1	Hva er avvisning?	2
1.2	Rettskilder og metode	4
1.3	Oversikt og siktemål	6
2	GENERELT OM MISLIGHETER SOM AVVISNINGSGRUNN.....	7
2.1	Gjennomføringsforpliktelser.....	7
2.1.1	Er avvisningsbestemmelsen uttømmende?.....	8
2.1.2	Avvisningsrett.....	9
2.1.3	Avvisningsplikt.....	10
2.1.4	Rekvalifisering	11
2.1.5	Oppsummering	12
2.2	Avvisningsreglenes formål og bakgrunn	12
2.2.1	Tillit	13
2.2.2	Forebygge kriminalitet og sikre oppfyllelse av regler.....	14
2.2.3	Rettferdig konkurranse	17
2.2.4	Forfølger avvisning pønale formål?	17
2.2.5	Oppsummering	20
2.3	Proporsjonalitetsprinsippet	22
2.3.1	Generelle avvisningsregler	22
2.3.2	Avvisningsbeslutninger	25
2.3.3	Oppsummering	28
2.4	Saksbehandling og fremgangsmåte.....	28
2.4.1	Tidspunktet for avvisning	28
2.4.2	Forhåndsvarsel.....	29
2.4.3	Begrunnelse	31
2.4.4	Oppsummering	32
2.5	Håndhevelse.....	32
2.6	Sammenfatning	34
3	AVVISNINGSPLIKT	36

3.1	Avvisningsvilkår	36
3.1.1	Krysshenvisninger	36
3.1.2	Formuesforbrytelser	38
3.1.3	Andre forbrytelser.....	42
3.1.4	Krav til bevis og plikt til undersøkelse	44
3.1.5	Oppsummering	48
3.2	Identifikasjon	48
3.2.1	Hva er formålet med identifikasjon?	49
3.2.2	Fysiske personer	50
3.2.3	Juridiske personer	57
3.2.4	Norsk rett	62
3.2.5	Oppsummering	64
3.3	Avvisningsvurderingen	64
3.3.1	Utestengesperiode	64
3.3.2	Selvrensing	71
3.3.3	Oppsummering	81
3.4	Domstolskontroll og prøvelsesintensitet.....	82
3.5	Sammenfatning	84
4	AVVISNINGSRETT.....	88
4.1	Vilkår for avvisning	88
4.1.1	Alvorlige tjenestefeil	88
4.1.2	Integritet	92
4.1.3	Norsk rett	95
4.1.4	Bevis	97
4.1.5	Oppsummering	100
4.2	Identifikasjon	101
4.2.1	Misgjerninger begått på vegne av leverandøren.....	101
4.2.2	Misgjerninger som ikke er begått på vegne av leverandøren	106
4.2.3	Oppsummering	108
4.3	Avvisningsvurderingen	108
4.3.1	Tidsforløpet	109
4.3.2	Selvrensing	112
4.3.3	Oppsummering	113

4.4	Domstolskontroll og prøvelsesintensitet.....	113
4.5	Sammenfatning	115
5	AVSLUTTENDE BEMERKNINGER.....	117
6	LITTERATURLISTE	121

1 Innledning

Denne avhandlingen handler om offentlige innkjøperes rett og plikt til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i straffbare handlinger eller alvorlige tjenestefeil. Avisoverskrifter avslører at dette er et aktuelt tema. Et eksempel kan være regjeringens mye omtalte innkjøp av redningshelikoptre fra AugustaWestland mens de var involvert i en alvorlig korrupsjonssak i Italia og India, eller saken mot Malermester Harald Askautrud AS. Sistnevnte har blant annet vært leverandør for Stortinget, Forsvarsbygg og Universitetet i Ås, og har i den forbindelse brukt underleverandører som er siktet for grov økonomisk kriminalitet. Det reiser spørsmål om regjeringen eller Forsvarsbygg hadde rett til å avvise disse leverandørene? Kunne de vært forpliktet til å avvise, og i så fall hvor lenge? Dette er problemstillinger som diskuteres i denne avhandlingen.

Ved offentlige anskaffelser går det et grunnleggende skille mellom oppdragsgivers *rett* og *plikt* til å avvise leverandører. Artikkel 57 (1) i direktiv 2014/24/EU nekter offentlige innkjøpere å inngå kontrakt med leverandører som er rettskraftig dømt for korrupsjon, bedrageri, hvitvasking, terror, menneskehandel og organisert kriminalitet. Bestemmelsen er et utslag av EUs arbeid mot grensekryssende kriminalitet som truer borgernes trygghet, og Unionens finansielle interesser. I denne avhandlingen undersøkes så vel rekkevidden av avvisningsplikten, som dens formål. Skal avvisning straffe leverandørene, eller er det andre hensyn som ligger bak? Artikkel 57 (4) c gir på sin side oppdragsgiver rett til å avvise leverandører som i sitt yrke har gjort seg skyldige i alvorlige tjenestefeil. Avvisningsretten reiser både likeartede og ulikeartede spørsmål sammenlignet med avvisningsplikten. Sentrale problemstillinger er: Hvilke handlinger kan kvalifiseres som alvorlige tjenestefeil; og hvilke krav gjelder til bevis?

Grunnleggende problemstillinger ved avvisning fra offentlige anskaffelser knytter seg til identifikasjon. Har oppdragsgiver plikt til å avvise en leverandør hvis styrelederen er rettskraftig dømt for korrupsjon i forbindelse med en privat byggesak? Og hva med de tilfeller en ansatt i leverandørbedriften sviker sin egen arbeidsgiver ved å inngå konkurransebegrensende avtaler med konkurrenter? Praksis fra norske oppdragsgivere viser at dette er relevante problemstillinger. Et eksempel er den såkalte Ruter-saken der Unibuss ble avvist fra en anbudskonkurranse om busstjenester i Oslo vest. Dette var dels begrunnet i at administrerende direktør i selskapet ble pågrepet og siktet for økonomiske misligheter, etter at

han angivelig skal ha latt selskapet betale for byggearbeider på egen bolig. Er oppdragsgiver berettiget til å avvise i slike tilfeller, når det i realiteten er leverandøren som er skadelidende?

En gjennomgående utfordring i denne avhandlingen er at EU, etter en lang lovgivningsprosess, nylig har vedtatt et nytt anskaffelsesdirektiv, direktiv 2014/24/EU. Dette trådte i kraft 17. april 2014, og medlemsstatene er gitt 24 måneder på å gjennomføre direktivet i nasjonal rett. Direktivet er ennå ikke inntatt i EØS-avtalen, og derfor heller ikke gjennomført i norsk rett. En slik rettskildesituasjon kan løses på to måter. Avhandlingen kan enten behandle gjeldende norsk rett, for deretter undersøke hvilke endringer direktivet vil medføre, eller redegjøre for anskaffelsesdirektivet, og deretter vurdere hvilken betydning dette vil få for norsk rett. Jeg har valgt den siste tilnærmingen av to grunner. Som vitenskapelig assistent ved Senter for europarett har jeg en særlig interesse for EU/EØS-retten, og det er derfor nærliggende å velge en EU/EØS-rettslig tilnærming til avhandlingen. I tillegg vil en oppgave som primært tar sikte på å redegjøre for gjeldende norsk rett fort bli utdatert fordi Norge etter EØS-avtalen artikkel 102 skal bestrebe seg på å iverksette sekundærlovgivning så nær som mulig i tid etter at EU har vedtatt tilsvarende nytt regelverk. Avhandlingen følger derfor et EU/EØS-rettslig perspektiv, og vi skal fortløpende undersøke hvilken betydning direktivet vil få for norsk rett.

1.1 Hva er avvisning?

Avvisning er et administrativt rettsmiddel som benyttes av offentlige innkjøpere til å nekte leverandører tilgang til offentlige kontrakter.¹ Avvisning er altså prekontraktuelt, og derfor faller heving, oppsigelse og revisjon av kontrakt utenfor begrepet slik det er definert her.² Offentlige innkjøperes rett til å nekte å handle med private tilbydere er en kompetanse medlemsstatene alltid har hatt i kraft av sin private autonomi. Det tradisjonelle utgangspunktet er at offentlige innkjøpere har frihet til å bestemme om de vil binde seg, og frihet til å bestemme hvem de vil binde seg med. Denne friheten har blitt betydelig innskrenket som følge av EU/EØS-samarbeidet. Etter EU/EØS-retten er utgangspunktet i stedet at alle EØS-borgere har rett til å tilby sine varer og tjenester til offentlige myndigheter, og det er innskrenkninger i denne retten som må begrunnes.

¹ Schooner (2004) s. 212

² Sml. artikkel 73 (b)

Avvisning kan være begrunnet i ulike hensyn og angår enten forhold tilknyttet leverandøren eller tilbudet.³ Denne avhandlingen handler om leverandørens misligheter som avvisningsgrunn. Med utgangspunkt i EU-domstolens begrepsbruk kan *misligheter* defineres som handlinger som er egnet til å reise tvil om leverandørens hederlighet og troverdighet.⁴ Ved avvisning på grunn av misligheter går det et grunnleggende skille mellom pågående/aktuelle og fortidige misgjerninger.⁵ Hvis leverandøren under konkurransen forsøker å bestikke oppdragsgiver er det tale om en pågående mislighet. Hvis leverandøren derimot er rettskraftig dømt for korrupsjon er det tale om en fortidig mislighet. I denne avhandlingen skal vi se at dette skillet er av stor betydning for avvisningsvurderingen etter artikkel 57 (4) c.⁶

Avvisning betegnes med ulike navn, herunder diskvalifisering, utestengelse, eksklusjon, suspensjon, svartelisting mv. I denne avhandlingen benyttes *avvisning* og *utestengelse*. Imidlertid kan det være hensiktsmessig å skille mellom disse begrepene.

Avvisning relaterer seg til den enkelte konkurranse. Før tilbudene vurderes skal oppdragsgiver bestemme hvilke tilbydere som skal få delta i konkurransen.⁷ Oppdragsgiver skal først vurdere om tilbudsgiverne/ansøkerne⁸ oppfyller de generelle kravene til «faglige hederlighet, solvens og økonomiske og finansielle kapasitet»,⁹ og deretter om disse oppfyller kvalifikasjonskravene fastsatt av oppdragsgiver.¹⁰ Kvalifiserte leverandører, som har inngitt tilbud i samsvar med kravene i kunngjøringen eller invitasjonen, skal få delta i konkurransen om tildeling av kontrakten, der alle leverandører stiller likt med hensyn til kvalifikasjoner. Oppdragsgiver benytter således avvisning til å sile ut uegnede leverandører fra den enkelte konkurranse, uten at dette har betydning for fremtidige kontrakter.

³ Artikkel 56 (1) a,

⁴ Sak C-213/07 *Michaniki* premiss 41

⁵ Se også artikkel 57 (5) 2 som operer med dette skillet

⁶ Kapittel 4.3

⁷ Artikkel 56 (1) b, FOA § 20-1.

⁸ Artikkel 2 (1) 11 og 12

⁹ Sak C-213/07 *Michaniki* premiss 41

¹⁰ Jf. artikkel 56 og artikkel 58

Utestengelse innebærer at angitte leverandører over et gitt tidsrom avvises fra alle offentlige anskaffelser, og avvisning blir således brukt til å håndheve utestengelsen. Avhengig av hvilket skjønn som er etterlatt oppdragsgiver ved avvisningsvurderingen kan vi imidlertid snakke om grader av utestengelse. Som vi har sett oppstiller artikkel 57 (1) en avvisningsplikt og er i så måte en bestemmelse om utestengelse. Hvilket skjønn som er etterlatt oppdragsgiver ved den enkelte beslutning om avvisning er en sentral problemstilling i denne avhandlingen. Men først skal vi behandle noen metodiske spørsmål.

1.2 Rettskilder og metode

Anskaffelsesretten er en kombinasjon av EU/EØS-rett og norsk rett og reiser derfor EU/EØS-rettslige spørsmål. Metodiske problemstillinger tilknyttet både dette og grunnleggende anskaffelsesrett forutsettes kjent. I det følgende skal jeg kort behandle de mest sentrale kildene for avhandlingens problemstillinger.

Traktaten om den europeiske unions virkemåte (TEUV) inneholder ingen materielle bestemmelser som uttrykkelig angår offentlige anskaffelser. Likevel er det klart at traktaten konstituerer grunnleggende prinsipper som offentlige innkjøpere må overholde ved tildeling av kontrakter, forutsatt at det foreligger et grenseoverskridende element. De mest sentrale bestemmelsene er artikkel 34 (fri bevegelse av varer), artikkel 56 (tjenestefriheten) og artikkel 49 (etableringsfriheten), samt forbudet mot ikke-diskriminering i artikkel 18.

Direktiv 2014/24/EU kommer til anvendelse ved offentlig innkjøp av varer og tjenester av nærmere angitt art, hvis verdi overstiger terskelverdiene i artikkel 1, uten at det stilles krav til grenseoverskridende element.¹¹ Også en rekke andre rettsakter er av betydning for offentlige anskaffelser, slik som direktiv 2014/23/EU (konsesjoner) og 2014/25/EU (forsyning), men disse behandles ikke videre her.¹² Derimot skal vi i kapittel 2.5 komme nærmere inn på direktiv 2007/66/EF som regulerer håndhevelse.

Sentralt i kildematerialet er dommer fra EU-domstolen. Det er imidlertid lite rettspraksis som direkte omhandler problemstillingene som reises i denne avhandlingen. Den eneste dommen

¹¹ Artikkel 1 og 2

¹² Det skal likevel nevnes at disse har tilsvarende avvisningsregler i artikkel 38 og artikkel 80 i henholdsvis konsesjons- og forsyningsdirektivet

om avvisning på grunn av misligheter er sak C-465/11 *Forposta* som vi kommer tilbake til flere steder i avhandlingen. Likevel finnes det flere dommer om avvisning som har betydning for vårt tema. De mest sentrale for analysene i denne avhandlingen er sak C-376/08 *Serrantoni*, Sak C-213/07 *Michaniki*, Sak C-538/07 *Assitur* og forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina*. Vi skal også komme inn på generaladvokatens forslag til dom i noen av disse sakene.

Avvisning på grunn av straffbare og kritikkverdige forhold har tradisjonelt ikke tiltrukket seg mye oppmerksomhet i juridisk litteratur. Dette har imidlertid endret seg etter hvert som EU-lovgiver begynte å bruke anskaffelsesretten til å bekjempe alvorlig kriminalitet, samt forfølge andre sektorovergripende mål. I forbindelse med avhandlingens ulike problemstillinger søker jeg også å redegjøre for juridiske forfattere sitt syn på emnet.

Blant de norske rettskildene finner vi for det første lov om offentlige anskaffelser som angir overordnede mål og prinsipper for offentlige innkjøp, og som i utgangspunktet gjelder alle anskaffelser av nærmere angitt art.¹³ Anskaffelsesregelverket er imidlertid primært nedfelt i forskrift om offentlige anskaffelser, som er delt i fire deler. Ettersom denne avhandlingen knytter seg til anskaffelsesdirektivet skal vi bare fokusere på forskriftens del 3 som gjelder anskaffelser over terskelverdiene, og del 1 som gjelder alle anskaffelser omfattet av forskriften.¹⁴ Avvisningsgrunnene som er temaet for denne avhandlingen følger av FOA § 20-12 (1) e og (2) d, men vi finner tilsvarende regler i FOA § 11-10 e og 11-10 (2) d.

Også forarbeider inngår i kildematerialet. Vi skal komme særlig inn på NOU 2014:4 om forenkling av det norske anskaffelsesregelverket. Selv om mandatet til utvalget omfatter anskaffelser under terskelverdiene, kommer utvalget med forslag til løsninger som har relevans ved anskaffelser over EØS-terskelverdiene, og uttaler seg flere steder om hvordan direktiv 2014/24/EU bør gjennomføres i norsk rett.¹⁵

Det er lite rettspraksis fra norske domstoler som omhandler denne avhandlingens tema. Den mest sentrale dommen er Rt. 2013 s. 1025 *Norconsult*, hvor Høyesterett omtalte

¹³ LOA § 2, jf. § 3

¹⁴ FOA § 2-1

¹⁵ NOU 2014:4 s. 33 flg.

avvisningsreglene i forbindelse med spørsmål om foretaksstraff. Det foreligger 5 avgjørelser fra Klagenemnden for offentlige anskaffelser (Kofa) som direkte berører spørsmål av betydning for denne avhandlingen: 2006/153 *Ikon*, 2008/2 *Fredrikstad kommune*, 2009/28 *Pro Handy*, 2011/206 *MBA* og 2013/69 *G4S*. Nemndas uttalelser er bare rådgivende hvis rettskildevekt er begrenset til overbevisningsverdi. Likevel har nemnden gjennom en omfattende praksis vært sentral i rettsutviklingen, og grunnet fravær av andre rettskilder vil de stå sentralt ved gjennomgangen av norsk anskaffelsesrett.

I avhandlingen vil det også henvises til Fornyings- og Administrasjonsdepartementets (FAD) veileder for offentlige anskaffelser, samt rundskriv 08/766 som direkte gjelder spørsmål som reises i denne avhandlingen. Vekten av disse kildene er begrenset til overbevisningsverdi. Fra dette går vi videre til oppgavens oversikt og siktemål.

1.3 Oversikt og siktemål

Avhandlingen er delt inn i en generell og spesiell del. Den generelle delen følger av kapittel 2, hvor vi skal behandle spørsmål av betydning for problemstillingene i avhandlingens spesielle del. Dette omfatter gjennomføringsforpliktelser, avvisningsreglenes formål og bakgrunn, proporsjonalitetsprinsippet, samt spørsmål om saksbehandling og håndhevelse. Avhandlingens spesielle del fremgår av kapittel 3 som behandler avvisningsplikten, og kapittel 4 som behandler avvisningsretten. Sentrale spørsmål er vilkårene for at oppdragsgiver har rett eller plikt til å avvise, og hvilke krav EU/EØS-retten stiller til avvisningsvurderingen. I Kapittel 5 skal vi gi noen avsluttende bemerkninger.

2 Generelt om misligheter som avvisningsgrunn

I dette kapitlet skal vi behandle spørsmål som må avklares før vi kan besvare problemstillingen i avhandlingens spesielle del. Siden avhandlingen anlegger et EU/EØS-rettslig perspektiv skal vi først behandle spørsmål om gjennomføringsforpliktelser i kapittel 2.1. I forlengelsen av dette er det nødvendig å undersøke nærmere hvilke formål avvisningsreglene forfølger, noe vi behandler i kapittel 2.2. Formålet med avvisning er også av betydning for proporsjonalitetsprinsippet som materiell skranke for så vel avvisningsregler som avvisningsbeslutninger, og dette behandles i kapittel 2.3. I kapittel 2.4 kommer vi nærmere inn på prosessuelle spørsmål av betydning for avvisning, og deretter håndhevelse i kapittel 2.5.

2.1 Gjennomføringsforpliktelser

Ved implementering av direktiver er det overordnede utgangspunktet etter EØS-avtalen artikkel 7 b at nasjonale myndigheter bestemmer formen og midlene for gjennomføringen.¹⁶ Det fremgår av fortalens punkt 1 at direktiv 2014/24/EU tar sikte på å koordinere nasjonale anskaffelsesprosedyrer. Dette samsvarer med ordlyden i tidligere direktiver, som EU-domstolen uttrykkelig har omtalt som minimumsdirektiver.¹⁷ Overordnet har medlemsstatene derfor et betydelig handlingsrom ved gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU i nasjonal rett, og skal først og fremst bestrebe seg på å nå direktivets mål.

Det overordnede målet med anskaffelsesdirektivet er å skape et fritt indre marked for offentlige anskaffelser. Dette forutsetter at det er fri bevegelighet av varer og tjenester innen EØS, hvor kontrakter tildeles etter en rettferdig konkurranse uten forskjellsbehandling.¹⁸ Dette skal igjen bidra til fornuftig allokering av fellesskapets midler og gi økt velferd.¹⁹ For å nå disse målene må medlemsstatene ved gjennomføringen av direktivet overholde EU-rettens grunnleggende prinsipper, slik som gjennomsiktighet, ikke-diskriminering, gjensidig anerkjennelse og proporsjonalitet.²⁰ I det følgende skal vi se på nærmere handlingsrommet

¹⁶ EØS-rett (2011) s. 195 flg.

¹⁷ Forente saker C-285/99 og C-286/99 *Lombardini* premiss 33

¹⁸ Fortalens punkt 1, C-336/12 *Manova* premiss 28

¹⁹ Fortalens punkt 2, COM (2011) 15 s. 4, NOU 2010: 2 s. 47

²⁰ Fortalens punkt 1

artikkel 57 innrømmer medlemsstatene ved nasjonal gjennomføring, og vi begynner med spørsmålet om bestemmelsen er uttømmende.

2.1.1 Er avvisningsbestemmelsen uttømmende?

EU-domstolen har ved flere anledninger blitt forelagt spørsmålet om medlemsstatene kan supplere direktivets avvisningsbestemmelser i nasjonal rett. Blant dommene finner vi *Michaniki* hvor Domstolen fant at direktivet uttømmende regulerer medlemsstatenes adgang til å avvise leverandører på grunn av deres «faglige kvalifikasjoner». Med dette menes leverandørens faglige hederlighet, troverdighet, solvens og økonomiske og finansielle stilling.²¹ Domstolen viste til at EU-lovgivers hensikt har vært at medlemsstatene bare kan utelukke leverandører på bakgrunn av en objektiv konstatering av faktiske forhold som kan trekke tvil hans evne til å fullføre kontraktarbeidet, eller fordi leverandøren har handlet på en måte som kan så tvil om faglige hederlighet og troverdighet. I fravær av andre holdepunkter må det samme gjelde artikkel 57 i direktiv 2014/24/EU, og medlemsstatene kan derfor ikke avvise for andre typer misligheter enn dem angitt i direktivet.²²

Domstolens konklusjon må ses i sammenheng med anskaffelsesdirektivets mål om å realisere et indre marked for offentlige anskaffelser. Som vi så i kapittel 1.1 har medlemsstatene i kraft av avtalefriheten alltid hatt rett til å avvise leverandører. Denne kompetansen ble tidligere brukt til å diskriminere leverandører fra andre medlemsstater, men for å nå målet om et indre marked fri for forskjellsbehandling er det sentralt at medlemsstatens kompetanse til å avvise er begrenset gjennom en uttømmende oppstilling av avvisningsgrunnlag.²³ En konsekvens av dette er at medlemsstatene må ha hjemmel i direktivet for å avvise leverandører fra offentlige anskaffelser.

Selv om artikkel 57 er uttømmende kan medlemsstatene vedta avvisningsbestemmelser som ikke angår leverandørens «faglige kvalifikasjoner». For det første kan medlemsstatene innføre avvisningsregler som skal tjene anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper, slik som fri konkurranse, likebehandling og gjennomsiktighet.²⁴ For det andre kan medlemsstatene

²¹ Sak C-213/07 *Michaniki* premiss 41 og forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 21

²² Sak C-465/11 *Forposta* premiss 39

²³ Se også Trepte (2007) s. 319 flg.

²⁴ Sak C-213/07 *Michaniki* premiss 44,

innføre avvisningsregler som tar sikte på gjennomføre direktivets øvrige bestemmelser. Dette ble uttrykt i *WISAG*, hvor Domstolen fant at en belgisk bestemmelse som foreskrev avvisning av leverandører som ikke var registrert i et skatteregister, kun tok sikte på å gjennomføre bestemmelsene om manglende innbetaling av skatter og avgifter, og ikke utgjorde en avvisningsgrunn utover dem opplistet i direktivet.²⁵

Ved spørsmål om nasjonalt handlingsrom er det av grunnleggende betydning at artikkel 57 uttømmende regulerer hvilke misligheter som kan eller skal medføre avvisning. I det følgende skal vi først se nærmere på implikasjonen av dette for avvisningsretten, og deretter avvisningsplikten.

2.1.2 Avvisningsrett

Avvisningsretten gir medlemsstatene et skjønn til å bestemme i hvilken utstrekning reglene skal inntas i nasjonal rett. I *La Cascina* fant Domstolen at fellesskapsretten ikke har tatt sikte på en ensartet anvendelse av de fakultative avvisningsreglene. Medlemsstatene kan derfor – på bakgrunn av «retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nasjonalt plan» – la være å innføre disse, eller bare innføre dem delvis.²⁶ Nasjonal lovgiver kan for eksempel begrense oppdragsgivers skjønn ved å innføre strengere beviskrav, eller gjøre avvisning betinget av at det foreligger en beslutning fra et eksternt organ. Direktiv 2014/24/EU klargjør også rettstilstanden ved at medlemsstatene uttrykkelig er gitt kompetanse til å omgjøre de fakultative avvisningsreglene til obligatoriske avvisningsregler, jf. artikkel 57 (5).

Videre følger det av *La Cascina* at medlemsstatene har et betydelig handlingsrom til å utpensle misgjerninger som skal eller kan medføre avvisning,²⁷ for eksempel at brudd på likestillingsbestemmelser skal føre til avvisning.²⁸ Likevel innebærer avvisningsregelens uttømmende karakter at medlemsstatene må holde seg innenfor rammene direktivet oppstiller. Nasjonal lovgiver kan derfor ikke foreskrive avvisning for handlinger som går utover gjerningsbeskrivelsen angitt i artikkel 57 (4) c. Dette kom på spissen i *Forposta*. Saken gjaldt en polsk bestemmelse som utelukket leverandører fra offentlige anskaffelser hvis

²⁵ Sak C-74/09 *WISAG* premiss 43

²⁶ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 20 flg.

²⁷ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 30 flg.

²⁸ Fortalens punkt 101

myndighetene innen en tidsramme på tre år hadde hevet en kontrakt på grunn av forhold «aktøren bærer ansvaret for», og den ikke-oppfylte delen av kontrakten utgjorde minst 5 % av kontraktssummen. Domstolen fant at denne bestemmelsen ikke var forenlig med artikkel 45 (2) d i direktiv 2004/18/EF (nå artikkel 57 (4) c). Dette ble begrunnet med at vilkåret «bærer ansvaret for» var langt mer vidtgående enn «alvorlig feil», og utelukket derfor leverandører som hadde gjort seg skyldig i en annen gjerningsbeskrivelse enn den angitt i direktivet.²⁹

Ved gjennomføring av artikkel 57 (4) c følger det av artikkel 57 (7) at medlemsstatene i tråd med gjennomslutningsprinsippet skal fastsette vilkårene for avvisning i lov eller forskrift. Alternativt kan nasjonal lovgiver gi oppdragsgiver hjemmel til å fastsette de nærmere vilkårene for avvisning i kunngjøringen.³⁰ I alle tilfeller må vilkårene for avvisning være klart definerte slik at «partene kan have et nøjagtig kendskap til procedurans krav og være sikre på, at samme krav gjelder for alle ansøgere».³¹

I forlengelsen av dette er medlemsstatene, til forskjell fra tidligere direktiver, forpliktet til å fastsette maksimal avvisningsperiode. Med mindre en nasjonal domstol har idømt rettighetstap, kan denne ikke overstige 3 år fra «datoen for den relevante hendelse». Det kan diskuteres hvorvidt det er tidspunktet da misgjerningen ble begått som er fristens utgangspunkt, eller tidspunktet da misgjerningen ble oppdaget. I fravær av andre holdepunkter er det første alternativet mest nærliggende – så lenge leverandøren har gjort seg skyldig i en misgjerning er vilkåret i artikkel 57 (4) c oppfylt uavhengig av om handlingen er oppdaget.

2.1.3 Avvisningsplikt

I motsetning til avvisningsretten kan ikke medlemsstatene la være å gjennomføre de obligatoriske avvisningsreglene. EU-lovgiver har derfor tilsiktet større grad av harmonisering ved vedtakelsen av artikkel 57 (1). Dette må ses i sammenheng med avvisningspliktens formål, som er å forebygge forbrytelser til fare for Unionens interesser. Ettersom forbrytelsene opplistet er av grenseoverskridende karakter med globale konsekvenser, er det

²⁹ Sak C-465/11 *Forposta* premiss 33

³⁰ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 32

³¹ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 32

ikke gitt at den enkelte medlemsstat er best i stand til å bestemme løsningen på disse problemene.³²

Som vi har sett er artikkel 57 uttømmende, og dersom vi trekker veksler på *Forposta* må dette innebære at medlemsstatene ikke kan gå utover gjerningsbeskrivelsen som direktivet viser til. Utover dette skal medlemsstatene i tråd med gjennomsiktighetsprinsippet spesifisere bestemmelsen i lov eller forskrift. Senere i avhandlingen skal vi se at gjennomsiktighet er en forutsetning for at avvisningsplikten skal virke kriminalitetsforebyggende.

Medlemsstatene er også forpliktet til å innføre maksimal utestengesperiode i lov eller forskrift, som ikke kan være lenger enn fem år fra tidspunktet dommen ble rettskraftig, med mindre leverandøren er idømt rettighetstap i lenger tid.³³ Et spørsmål i denne sammenheng er om medlemsstatene ved å omgjøre kan-reglene til skal-regler, har mulighet til å avvise leverandører i fem år også for forhold som rammes av artikkel 57 (4). Direktivets ordlyd tilsier at dette ikke er mulig da femårsregelen er uttrykkelig tilknyttet artikkel 57 (1). Dette må ses i sammenheng med realiseringen av det indre marked, der det bare er situasjoner som skader Unionens interesser som skal medføre avvisning i opptil fem år fra dommen ble rettskraftig. For å sikre størst mulig utvalg av leverandører ved offentlige konkurranser er medlemsstatenes kompetanse til å avvise for situasjoner som skader nasjonale interesser begrenset til 3 år fra misgjerningen fant sted.³⁴

2.1.4 Rekvalifisering

Direktiv 2014/24/EU tilfører en nyvinning ved at medlemsstatene er forpliktet til å innføre rekvalifikasjonsbestemmelser. Det fremgår av 57 (6) at leverandører som er rammet av en avvisningsgrunn i artikkel 57 (1) eller 57 (4) c, skal gis mulighet til å godtgjøre – på eget initiativ – at de har vært igjennom en selvrensingsprosess som er tilstrekkelig til å forebygge at tilsvarende misgjerninger finner sted igjen.³⁵ I så fall har leverandøren rehabilitert seg, og

³² Sml. C-213/07 *Michaniki* premiss 56

³³ Artikkel 57 (7)

³⁴ Sml. FOA § 20-12 (2) c

³⁵ *Selvrensing* er en oversettelse fra det engelske ordet self-cleaning, som igjen er direkte oversatt fra det tyske ordet Selbstreinigung, se Preiss (2014) s. 121. Dette må ikke forveksles med selvvasking etter strl.§ 317.

skal ikke lenger avvises.³⁶ Det er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere prosessuelle og materielle vilkårene for selvrensing i lov eller forskrift, og lovgiver har således et betydelig handlingsrom ved gjennomføring i nasjonal rett.³⁷

2.1.5 Oppsummering

Sammenfattet tar anskaffelsesdirektivet sikte på å realisere det indre marked, der alle EØS-borgere har rett til å tilby sine tjenester til det offentlige. I tråd med dette er utgangspunktet at medlemsstatene må ha hjemmel i direktivet for å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i en mislighet. Medlemsstatene er etterlatt et skjønn til å bestemme i hvilken utstrekning avvisningsretten skal gjennomføres i nasjonal rett. Dette i motsetning til avvisningsplikten som må gjennomføres. Imidlertid er medlemsstatenes rett og plikt til å avvise begrenset av artikkel 57 (6), som gir leverandører mulighet til å rekvalifisere seg.

2.2 Avvisningsreglenes formål og bakgrunn

I dette kapitlet skal vi undersøke nærmere formålet med avvisningsreglene, og hvordan disse stiller seg til anskaffelsesrettens grunnleggende mål. Som vi har sett er det overordnende målet med anskaffelsesdirektivet å realisere EUs indre marked og traktatens grunnleggende friheter.³⁸ For å realisere dette skal tildeling av kontrakter skje etter en rettfærdig konkurranse uten forskjellsbehandling, med størst mulig utvalg av potensielle leverandører, og hvor kontrakten tildeles leverandøren som kan tilby den beste kombinasjonen av pris og kvalitet.

Avvisning kan stå i et spenningsforhold til målene med anskaffelsesregelverket.³⁹ I motsetning til kvalifikasjonskravene etter artikkel 58/FOA § 17-4, regulerer ikke artikkel 57 oppdragsgivers evne til å oppfylle kontrakten.⁴⁰ En leverandør som er rettskraftig dømt for korrupsjon kan for eksempel være i utmerket stand til å bygge en vei, og hvis han i tillegg leverer den beste kombinasjonen av pris og kvalitet kan det virke som om avvisningsreglene ikke tjener anskaffelsesrettens mål om effektiv konkurranse og rasjonell allokering av fellesskapets midler. Imidlertid kan det hevdes at det kun er en tilsynelatende motsetning

³⁶ Se også artikkel 57 (2) 3 og forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 34 flg.

³⁷ Artikkel 57 (7) og fortalens punkt 102.

³⁸ Fortalens punkt 1

³⁹ Se også Arrowsmith og Kunzlik (2009) s. 119 flg.

⁴⁰ Fortalens punkt 101, se Arrowsmith (2005) s. 754 Williams-Elegbe (2012) s. 46

mellom avvisning på grunn av straffbare og kritikkverdige forhold, og de overordnede målene med anskaffelsesretten. For å se at motsigelsen er mer tilsynelatende enn reell må vi heve blikket fra den enkelte anskaffelsen.⁴¹

2.2.1 Tillit

Som påpekt av EU-domstolen i *La Cascina* gir anskaffelsesdirektivet medlemsstatene mulighet til å avvise at leverandører som mangler faglig hederlighet og troverdighet.⁴² Dette for å sikre tillit i tre konstellasjoner. For det første allmennhetens tillit til nasjonale oppdragsgivere, for det for det andre allmennhetens tillit til leverandører, og for det tredje oppdragsgivers tillit til leverandører. Hvilken konstellasjon som er mest fremtredende varierer etter grunnlaget for avvisning.

Vi kan starte med avvisningsplikten som primært skal ivareta allmennhetens tillit til at oppdragsgiver bruker offentlige midler på en samfunnstjenlig måte.⁴³ I mange medlemsstater er det stor mistillit til offentlige myndigheter. I en rapport avlagt for EU-kommisjonen i 2014, Special Eurobarometer 397, fremgår det at 76 % av respondentene i spørreundersøkelsen anså korrupsjon som et utbredt fenomen i sitt hjemland, hvorav 35 % av de spurte mente korrupsjon var meget utbredt. Videre mente 45 % av respondentene at bestikkelser og misbruk av stilling for personlig vinning er utbredt ved tildeling av offentlige kontrakter. Studien konkluderte med at en fjerdedel av europeerne mente de ble påvirket av korrupsjon i sin hverdag.⁴⁴

En slik mistillit til offentlige myndigheter som ble avdekket gjennom denne studien, truer demokratiske institusjoner og svekker tilliten til det politiske system generelt, og skattesystemet spesielt. Dette kan igjen true EU-samarbeidet som er helt avhengig av velfungerende medlemsstater med legitimitet i befolkningen.⁴⁵ For å sikre allmennheten tillit til anskaffelsesprosessen og nasjonale innkjøpere bør leverandører som er dømt for opplistede

⁴¹ Se Hjelmeng og Søreide (2014) s. 5

⁴² Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 21

⁴³ Se også LOA § 1, FOA § 1

⁴⁴ Special Eurobarometer 397 s. 30 flg.

⁴⁵ COM(2014) 38 s. 2

forbrytelser ikke tildeles offentlige kontrakter.⁴⁶ De obligatoriske avvisningsreglene skal gi allmennheten visshet om at offentlige myndigheter ikke bruker skattebetalernes penger på å finansiere kriminalitet og annen uetisk adferd. Derfor er oppdragsgiver avskåret fra å handle med leverandører som er dømt for en relevant forbrytelse, inntil de kan bevise at tilliten er gjenvunnet gjennom tilstrekkelige selvrensingstiltak.

Sammenlignet med avvisningsplikten skal avvisningsretten i større utstrekning beskytte oppdragsgiver. Som det fremgår av fortalens punkt 101 vil nasjonale innkjøpere måtte stå til ansvar for feilaktige avgjørelser ved tildeling av offentlige kontrakter, og risikerer å bli utsatt for kritikk fra opinionen hvis kontrakter tildeles uetiske leverandører.⁴⁷ I norsk sammenheng illustreres dette av Regjeringens innkjøp av redningshelikoptre fra korrupsjonstiltalte AugustaWestland, hvor myndighetene gjennom media har blitt utsatt for omfattende kritikk fra både allmennheten og politisk hold. For å beskytte seg mot kritikk og annen mistillit må oppdragsgiver ha mulighet til å nekte å handle med leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige misligheter. Leverandørens misgjerninger kan også si noe om evnen til å gjennomføre kontrakten på lovlig måte, og oppdragsgiver bør derfor ha mulighet til å avvise inntil det ikke lenger er fare for gjentakelse under avviklingen av offentlige kontrakter.⁴⁸ På denne måten tjener avvisningsretten målet om fornuftig allokering av fellesskapets ressurser.

2.2.2 Forebygge kriminalitet og sikre oppfyllelse av regler

Avvisningsreglene tilsikter også å *forebygge kriminalitet* og å *sikre oppfyllelse* av samfunnets normer. Vi kan igjen starte med avvisningsplikten som inngår i EUs arbeid mot grenseoverskridende kriminalitet. Målet om en stadig tettere union med fri flyt av kapital og personer kommer ikke bare Europas befolkning og næringsdrivende til gode. Empiriske undersøkelser avdekker at kriminelle utnytter traktatens grunnleggende friheter til å tjene store penger på illegale aktiviteter.

Blant undersøkelsene finner vi en rapport utarbeidet av Europakommisjonens generaldirektorat for innenrikssaker og Eurostat som viser at menneskehandel i Europa økte

⁴⁶ Fortalens punkt 100

⁴⁷ Se Arrwosmith og Kunzlik (2009) s. 112

⁴⁸ Artikkel 57 (6) og fortalens punkt 101 og 102. Se også Shaw (2004) s. 232, Trepte (2007) s. 337

med 18 % fra 2008 til 2010.⁴⁹ Eurobarometer 397 kan avsløre at korrupsjon alene koster EU 120 milliarder euro per år, og må ta sin del av skylden for finanskrisen.⁵⁰ Kommisjonens rapport fra februar 2014 om tiltak som skal forebygge korrupsjon konstaterer at sektoren for offentlige anskaffelser er særlig utsatt for fordervet praksis; tre av ti virksomheter finner at korrupsjon har hindret dem i å bli tildelt offentlige kontrakter, og rapporten viser at risikoen for korrupsjon er særlig stor på regionalt og lokalt plan.⁵¹

Forbrytelsene opplistet i artikkel 57 (1) er grenseoverskridende av natur, og utgjør en fare for Unionens finansielle interesser i tillegg til å true borgernes sikkerhet. Dette kan bare bekjempes gjennom samarbeid på tvers av landegrensene der eventuelle smutthull som utnyttes av kriminelle tettes. I forlengelsen av dette er så vel EU som medlemstatene forpliktet til å sikre borgernes frihet og unionens finansielle interesser.⁵² I Kommisjonens melding til Parlamentet og Rådet avgitt 11.3.2014 følger det at bekjempelse av organisert kriminalitet, menneskehandel og terrorisme er blant Unionens viktigste politiske prioriteringene i tiden fram til 2020.⁵³ Obligatorisk avvisning skal tjene målet om kriminalitetsbekjempelse på to måter.

For det første har obligatorisk avvisning en side mot oppdragsgiver. Ved å nekte myndighetene å handle med upålitelige aktører skjermes offentlige tjenestemenn fra kriminelle aktører, og dermed reduseres muligheten for at det offentlige er involvert i korrupsjon og andre alvorlige forbrytelser. For det andre skal avvisningsplikten forebygge kriminalitet ved å virke så vel allmennpreventivt som individualpreventivt overfor leverandører.⁵⁴ Ved å tilføre økonomisk tap som en konsekvens av å bli straffedømt skal potensielle forbrytere avskrekkes fra å begå slike handlinger. En rasjonell aktør vil nemlig avstå fra å begå slike forbrytelser dersom risikoen for å bli oppdaget er betydelig, og han vet at tapet som følge av utestengelse er større enn profitten fra forbrytelsen.⁵⁵ Selskaper gis også

⁴⁹ Eurostat (2013) *Trafficking in human beings* s. 13

⁵⁰ Special Eurobarometer 397 s. 2

⁵¹ COM(2014) 38 s. 23 flg.

⁵² Den europeiske pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 6 og TEUV art. 310, se også C-293/12 *Digital Rights Ireland* premiss 42

⁵³ COM (2014) 154 s. 8 flg.

⁵⁴ COM (2006) 73 pkt. 1, COM (2011) 15 s. 51

⁵⁵ Se Eide og Stavang (2008) s. 492 flg.

et insentiv til å gjennomføre strukturelle, personelle og andre organisatoriske tiltak for å forhindre at slike handlinger blir begått på vegne av bedriften, og på den måten styrkes forbudene i straffelovgivningen.⁵⁶

Obligatorisk avvisning skal også virke individualpreventivt ved at straffedømte leverandører utestenges inntil de har gjennomført selvrensingstiltak som sikrer at tilsvarende overtredelser ikke finner sted igjen.⁵⁷ Ved utestengelse spiller oppdragsgiver ballen over til leverandøren, kan være nødt til å ta omfattende og kostbare grep for å rydde opp i bedriften før han kan bli tatt inn i varmen igjen.⁵⁸ Dersom en slik prosess er det eneste virkemiddelet for å unngå et enda større tap som følge av utestengelse, gis straffedømte leverandører et insentiv til å avhjelpe konsekvensene av sine handlinger.

Når det gjelder fakultativ avvisning har vi sett i kapittel 2.1 at det er opp til medlemsstatene i lys av overveielser på nasjonalt plan å bestemme hvordan disse skal anvendes, men selvsagt under overholdelse av EU-retten. Medlemsstatene kan velge å forby nasjonale innkjøpere å handle med uetiske leverandører, eller overlate avgjørelsen til den enkelte oppdragsgiver, slik som etter gjeldende norsk rett. Avhengig av gjennomføring i nasjonal rett kan avvisningsretten, på samme måte som obligatorisk avvisning, virke preventivt og gi insentiv til å overholde samfunnets normer og yrkesetiske regler. Leverandører som allerede har gjort seg skyldig i en forsømmelse gis insentiv til å rydde opp i virksomheten når kostnadene ved å foreta selvrensing er mindre enn kostandene ved avvisning.

For å fremme integritet og hederlighet i markedet er det sentralt at offentlige myndigheter går foran som et godt eksempel, og tar tydelig avstand fra uakseptabel adferd. Dette gjør de ved å avstå fra å handle med kriminelle aktører, og ellers opptrer som en krevende kunde som har tatt mål av seg å styrke konkurranseevnen i markedet. I andre EU-rettslige direktiver kommer det for øvrig klart til uttrykk at offentlige myndigheter ved innkjøp bør gå foran som et godt eksempel.⁵⁹ Tilsvarende kan utledes av anskaffelsesloven § 1 og 5.

⁵⁶ Sml. Høivik (2011) s. 69 flg.

⁵⁷ Fortalens punkt 102 og artikkel 57 (6) 2

⁵⁸ Se Hjelmeng og Søreide (2014) s. 11

⁵⁹ Direktiv 2006/32 fortalens punkt 7, se Arrowsmith (2009) s. 20-21.

2.2.3 Rettferdig konkurranse

Avvisningsreglenes formål om å sikre at aktørene er pålitelige og etterlever felles spilleregler til det beste for fellesskapet kan føre til en mer effektiv konkurranse på makronivå. I *La Cascina* fremhevet generaladvokaten at avvisning på grunn av manglende innbetaling av trygdeavgifter ikke bare skal sikre at leverandøren er solvent, men også: «... prevent that person from benefiting from an unfair advantage in relation to his competitors for a contract by failing to pay taxes or social security contributions».⁶⁰ Tilsvarende betraktning kan legges til grunn ved avvisning på grunn av straffbare og kritikkverdige forhold. Leverandører som gjør seg skyldig i korrupsjon, hvitvasking eller som urettmessig influerer beslutningsprosedyrer kan få et konkurransefortrinn på bekostning av målet om at leverandørene skal konkurrere på like vilkår.⁶¹ Dette kan utkonkurrere og fordrive legale og redelige leverandører fra markedet. Ved å redusere konkurransen til ærlige leverandører, blir det vanskeligere for kriminelle og uærlige leverandører å overleve i markedet.⁶² På sikt kan avvisning dermed bedre forutsetningene for rettferdig konkurranse på like vilkår.

2.2.4 Forfølger avvisning pønale formål?

Det ligger i avvisningsreglenes natur at leverandører kan rammes svært hardt, og til tider blir avvisning omtalt som en drakonisk sanksjon som i verste fall kan påføre leverandører konkurs.⁶³ Dette foranlediger spørsmålet som er tema i dette avsnittet, nemlig om avvisning er straff. Ettersom alle leverandører i utgangspunktet har rett til å konkurrere om offentlige anskaffelser, kan utestengelse og vedvarende avvisning minne om rettighetstap. Hvorvidt avvisning forfølger pønale formål er av stor betydning for så vel materielle som prosessuelle spørsmål som reises i denne avhandlingen.

Både EU-retten⁶⁴ og norsk rett⁶⁵ gir EMK, slik den er tolket av EMD, forrang for andre lover, og vi skal derfor bruke EMKs definisjon av straff. Med utgangspunkt i artikkel 6 og

⁶⁰ Generaladvokatens forslag til avgjørelse i forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 24

⁶¹ Arrowsmith (2009) s. 21

⁶² Se Hjelmeng og Søreide (2014) s. 5

⁶³ Schooner (2004) s. 211

⁶⁴ Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 52, TEU art. 6 (2). Se også sak C-45/08 *Sector Photo Group* premiss 43 flg., og Craig og De Búrca (2011) s. 399 flg.

⁶⁵ Menneskerettsloven § 2, jf. Rt. 2005 s. 833 premiss 45

tilleggsprotokoll 7 artikkel 4 har EMD oppstilt tre alternative kriterier (Engel-vilkårene)⁶⁶ for hvorvidt en reaksjon kan betegnes som straff: Den nasjonale klassifisering av sanksjonen; lovbruddets karakter; og sanksjonens innhold og alvor. EMD har ved flere anledninger tatt stilling til om ulike typer rettighetstap er straff.⁶⁷

Gjennomgående viser rettspraksis at rettighetstap forankret i en egnethets- eller kvalifikasjonsvurdering, i utgangspunktet ikke utgjør straff etter EMK.⁶⁸ Dette gjenspeiler en generell distinksjon i EMK-retten, der det skilles mellom tiltak som er pønale og tiltak som er forebyggende (preventive measures). Mens pønale tiltak er tilbakeskuende i den forstand at de foreskriver straff for en allerede begått handling, er forebyggende tiltak fremadskuende ved at de skal forhindre fremtidige brudd på normer og sikre oppfyllelse av regler.⁶⁹ Viser det seg at reaksjonen er fremadrettet og ikke pønalt, er det på ingen måte avgjørende at reaksjonen rammer hardt.⁷⁰

Dersom vi anvender Engel-vilkårene på avvisningsreglene i direktivet finner vi at avvisning ikke er definert som straff. Tvert i mot er medlemsstatene forutsatt å bruke markedsrett hvor det ligger til grunn et gjensidighetsprinsipp i motsetning til heteronom maktutøvelse. Allerede dette tilsier at avvisningsreglene slik de fremgår av direktivet ikke kan være straff.⁷¹ Vi skal likevel gå videre å vurdere formålet med avvisning.

Som vi har sett skal de obligatoriske avvisningsreglene forebygge kriminalitet ved å virke preventivt. Men dette betyr ikke at avvisning er pønalt. Formålet er isteden å hindre at straffedømte leverandører på nytt gjør seg skyldig i alvorlige forbrytelser i forbindelse med offentlige kontrakter.⁷² For å oppnå dette fratas straffedømte leverandører muligheten til å fortsette en virksomhet de ikke lenger er skikket til fordi de mangler nødvendige «faglige kvalifikasjoner». ⁷³ Dette kommer klart til syne i selvrensningsbestemmelsene som tillater

⁶⁶ *Engel and others v. The Netherlands*

⁶⁷ Eks. *Storbråten v. Norway, D.C., H. S og A. D mot Storbritannia*. Sml. *Malige v. France*

⁶⁸ Noe annet gjelder selvsagt der nasjonal rett definerer rettighetstapet som straff, sml. strl. § 48 a og b.

⁶⁹ Aal (2011) s. 375 flg.

⁷⁰ *H. S og A. D mot Storbritannia*

⁷¹ Sml. Rt. 2002 s. 1007

⁷² Sml. COM(2006) 73 s. 3

⁷³ Kapittel 2.2

straffedømte leverandører å delta i konkurransen igjen dersom de har tatt nødvendige grep som forhindrer at slike handlinger blir begått på ny.⁷⁴

Heler ikke fakultativ avvisning har et hovedsakelig pønalt formål. Som vi allerede har sett skal artikkel 57 (4) c primært harmonisere hvilke grunner som kan berettige avvisning blant medlemsstatene ved positivt og uttømmende å konservere en kompetanse statene alltid har hatt i kraft av avtalefriheten. Dette gir medlemsstatene mulighet til å beskytte seg mot uegnede leverandører som ikke er kvalifisert til å bli tildelt offentlige kontrakter. Leverandørene gis på sin side et insentiv til å overholde samfunnets normer og yrkesetiske regler.

Ser vi til slutt på det tredje Engel-vilkåret, sanksjonens innhold og alvor, finner vi at det ikke kan være avgjørende at avvisning rammer hardt. Det er ikke tale om fengselsstraff eller bot. Isteden taper en begrenset krets av personer muligheten til å kontrahere med offentlige myndigheter inntil de har gjenvunnet tilliten, og hvor de i mellomtiden stadig kan kontrahere med private parter.⁷⁵ Samlet er således ingen av Engel-vilkårene oppfylt slik at verken artikkel 57 (1) eller 57 (4) c kan defineres som straff etter EMK.

Selv om avvisning ikke er straff etter direktivet kan medlemsstatene ved gjennomføringen av direktivet klassifisere avvisning som straff i intern rett, slik tilfellet er i Frankrike. Dette er også grunnen til at artikkel 57 (6) og (7) avgrenser mot de tilfeller en leverandør er idømt rettighetstap ved domstolene. I norsk rett er det derimot ingen holdepunkter for at avvisningsreglene forfølger andre formål enn direktivet. Tvert i mot er disse inntatt i FOA hvor myndighetene er forutsatt å bruke sin avtalekompetanse til å nekte upålitelige leverandører tilgang til offentlige kontrakter.

Sammenfattet er det ingenting som tyder på at avvisning hovedsakelig forfølger pønale formål og dermed utgjør straff.⁷⁶ Det er i stedet tale om en sivilrettslig konsekvens av en straffedom eller et normbrudd. Som en sammenfatning kan det vises til Tillipman som treffende har uttalt

⁷⁴ Artikkel 57 (6), sml. NOU 2003:15 kapittel 11.3.3

⁷⁵ Jf. *Storbråten v. Norway*

⁷⁶ Slik også Arrowsmith (2009) s. 21, Williams-Elegbe (2012) s. 132, Hjelmeng og Søreide (2014) s. 4-5

at «critics...often fail to understand that debarment is a business decision- it is not designed to punish past misconduct or put companies out of business».⁷⁷

2.2.5 Oppsummering

I dette kapitlet har vi sett at artikkel 57 (1) og (4) c forfølger tre overordnede formål. For det første skal avvisning sikre *tillit* i tre forskjellige konstellasjoner. For det andre skal avvisningsreglene forebygge kriminalitet og sikre oppfyllelse av samfunnets generelle normer, uten å virke pønalt. For det tredje skal avvisningsreglene sikre en rettferdig konkurranse ved å fordre kriminelle aktører fra markedet for offentlige anskaffelser. Sammenfattet ser vi dermed at avvisningsreglene nettopp skal tjene anskaffelsesrettens overordnende mål om fri konkurranse, integritet i anskaffelsesprosessen og fornuftig allokering av fellesskapets ressurser.⁷⁸

Imidlertid er klart at avvisningsreglene også ivaretar hensyn som går utover det rent anskaffelsesfaglige, og ved den enkelte anskaffelse kan særlig obligatorisk avvisning komme i konflikt med ønske om en effektiv og fleksibel anskaffelsesprosedyre som gir rom for forretningsmessige funksjonelle løsninger.⁷⁹ Dette gjenspeiler en generell utfordring ved utformingen av regler for offentlige anskaffelser, der hensyn på makronivå, slik som konkurranse, gjennomsiktighet og integritet, konkurrerer med hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte konkurranse, slik som effektivitet, fleksible prosedyrer og best pris.⁸⁰

Det er en pågående debatt i en rekke jurisdiksjoner hvorvidt anskaffelsesretten skal benyttes til å fremme hensyn som ikke er rent anskaffelsesfaglige. I norsk rett har så vel Tronslin-utvalget⁸¹ som deler av Roll-Matthisen-utvalget (forenklingsutvalget)⁸² uttrykt en generell skepsis til å bruke offentlige anskaffelser til å ivareta samfunnsmessige krav som kan komme i konflikt med rene anskaffelsesfaglige hensyn. I NOU 2014:4 finner mindretallet at det ikke bør innføres en avvisningsplikt ved anskaffelser under terskelverdien fordi:

⁷⁷ Tillipman (2012) s. 237

⁷⁸ Jf. COM(2011) 15 s. 4 flg.

⁷⁹ Sml. Simonsen (1997) s. 535-536 som uttaler seg om anbudskonkurranser som sådan

⁸⁰ Schooner (2002) s. 110

⁸¹ NOU 1997:21 s. 38

⁸² NOU 2014:4 kapittel 25.3.2.1

«... bestemmelsene om avvisningsplikt (bør) kun gjelde forhold som har tilknytning til den konkrete anskaffelsen, dvs. forhold av rent anskaffelsesfaglig art. Dette vil ivareta regelverkets grunnleggende formål bedre enn bestemmelser om avvisningsplikt som omfatter andre hensyn, fordi sistnevnte vil kunne medføre avvisning i strid med regelverkets formål.»⁸³

Det kan rettes to innvendinger mot denne vurderingen. For det *første*, selv om obligatorisk avvisning ikke har en direkte tilknytning til den konkrete anskaffelsen har reglene en tilknytning til den enkelte konkurranse. Empiriske undersøkelser i fra 2008 viser eksempelvis at utgifter ved korrupsjon kan beløpe seg til 20-25 %, i noen tilfeller 50 %, av den enkelte anskaffelsens samlede utgifter,⁸⁴ noe som åpenbart er i strid med regelverkets formål. Selv om Norge, i likhet med øvrige nordeuropeiske land,⁸⁵ har langt mindre korrupsjon sammenlignet med Sør- og Øst-Europa, har Riksrevisjonen jevnlig avdekket store mangler ved offentlige innkjøperes praktisering av regelverket.⁸⁶ Det er derfor ikke gitt at det norske markedet for offentlige anskaffelser er fritt for korrupsjon og annen fordervet praksis.

For det *andre* undervurderer mindretallet betydningen av avvisning som middel til å nå anskaffelsesrettslig mål på makronivå. Gjennom den totale summen av avvisningstilfeller skal regelverket nettopp sikre formålet om effektiv konkurranse og effektiv ressursbruk ved at markedet reduseres til pålitelige leverandører som konkurrerer på like vilkår.⁸⁷ Således vil kortsiktig tap som følge av at kontrakten ikke tildeles leverandøren som tilbyr best pris på sikt innebære en gevinst for samfunnet som sådan.⁸⁸ På bakgrunn av dette deler jeg Schooners standpunkt når han uttrykker at økte transaksjonskostnader ved den enkelte anskaffelse i et velferdsperspektiv er «an excellent long-term investment».⁸⁹

⁸³ NOU 2014:4 s. 213

⁸⁴ Jf. COM(2014) 38 s. 23, se også Williams (2014) s. 96

⁸⁵ Jf. Special Eurobarometer 397 s. 22 flg, COM(2014) 38 s. 7

⁸⁶ Jf. dokument 3:6 (2012-2011) s. 8

⁸⁷ Se kap. 2.3.4

⁸⁸ Hjelmeng og Søreide (2013) s. 9-10

⁸⁹ Schooner (2002) s. 16

2.3 Proporsjonalitetsprinsippet

Proporsjonalitetsprinsippet er i EU/EØS-retten et generelt prinsipp som er bindende både for EU og medlemsstatene. Prinsippet inntar ulike former med ulik prøvelsesintensitet, og det kan derfor være noe upresist å henvise til ett proporsjonalitetsprinsipp når det fremtrer i ulike varianter.⁹⁰ I det følgende skal vi vurdere betydningen av proporsjonalitetsprinsippet ved avvisning, og skal i den forbindelse se nærmere på to typer prøvelsesgjenstander. I avsnitt 2.3.1 behandles proporsjonalitetsprinsippet som skranke for lovgiver der prøvelsesgjenstanden er generelle avvisningsbestemmelser.⁹¹ I avsnitt 2.3.2 behandles proporsjonalitetsprinsippet som skranke for avvisende myndighet der prøvelsesgjenstanden er avvisningsbeslutninger.

Overordnet kan proporsjonalitetsvurderingen deles inn tre stadier. Først må det undersøkes om et tiltak er egnet til å forfølge legitime formål, og deretter om tiltaket er nødvendig for å oppnå disse. I tillegg må et tiltak være proporsjonalt i snever forstand, noe som innebærer at målet som forfølges ikke kan resultere i et eksessivt inngrep i individuelle friheter nedfelt i primærretten.⁹² I utgangspunktet må alle disse kravene være oppfylt, men EU-domstolen unnlater ofte å prøve om et tiltak er forholdsmessig i snever forstand. Dette fordi prøvelsesintensiteten varierer avhengig av gjenstanden som prøves, og hvilket rett- og livsområde det handler om.⁹³

2.3.1 Generelle avvisningsregler

Både EU-lovgiver og nasjonal lovgiver er bundet av proporsjonalitetsprinsippet ved vedtakelse av regler som griper inn retten til fri bevegelighet.⁹⁴ Lovbestemmelser som utestenger leverandører fra offentlige anskaffelser utgjør en restriksjon denne i retten, og må derfor være egnet og nødvendig for å nå målene som forfølges.⁹⁵ EU-domstolen har flere

⁹⁰ Tridimas (2006) s. 137, Craig og De Búrca (2011) s. 526 og Lilli (1999) s. 528, Wyatt og Dashwood (2011) s. 325 flg.

⁹¹ Med lovgiver sikter jeg både til EU-lovgiver og nasjonal lovgiver

⁹² Sak C-169/91 *Stoke-on-Trent*, se Craig og De Búrca (2011) s. 526

⁹³ Arnesen (1996) s. 333 flg.

⁹⁴ TEU artikkel 5 (3) og kapittel 2.1

⁹⁵ Sak C-8/74 *Dassonville* premiss 5, Sak C-376/08 *Serrantoni* premiss 43, Poulsen (2012) s. 437, Hjelmeng og Søreide (2013) s.6, Arrowsmith (2009) s. 11 flg.

ganger fremhevet betydningen av proporsjonalitetsprinsippet ved prøving av nasjonale avvisningsregler.

I *Michaniki* tok Domstolen stilling til hvorvidt en gresk grunnlovsbestemmelse var forenlig med proporsjonalitetsprinsippet. Regelen oppstilte vanntette skott mellom offentlige anskaffelser og mediesektoren, der oppdragsgiver blant annet var forpliktet til å avise leverandører hvis kona eller broren til eieren var styremedlem i en medievirksomhet. Bestemmelsen var forankret i hensynet til likhet og gjennomsiktighet, og skulle forebygge korrupsjon. Domstolen viste til at selv om dette var legitime formål gikk regelen lenger enn nødvendig fordi:

«... bestemmelsen udelukker en hel kategori af entreprenører, der foretager offentlige bygge- og anlægsarbejder, på grundlag af en uigendrivelig formodning om, at den omstændighed, at der blandt de bydende optræder en entreprenør, der er også involveret i mediesektoren, nødvendigvis påvirker konkurrencen til skade for de øvrige bydende.»⁹⁶

Domstolens viktigste ankepunkt mot bestemmelsen var at den ikke tillot en konkret vurdering av hvorvidt det var formålstjenlig å avise en leverandør som var involvert i mediesektoren. Som påpekt av generaladvokat Maduro kan det ikke tas for gitt at samtlige leverandører med en eller annen form for tilknytning til mediesektoren kan utøve et press på oppdragsgiver som forstyrrer konkurransen.⁹⁷ Regelen utestengte således et uforholdsmessig høyt antall leverandører og gikk lenger enn det hva som var nødvendig for å oppnå de påberopte hensyn.

Domstolen kom til samme resultat i *Assitur*. Saken gjaldt en italiensk bestemmelse som blant annet nektet leverandører fra samme konsern å inngi konkurrerende bud ved anbudskonkurranser. For å oppfylle proporsjonalitetsprinsippet krav gjentok Domstolen at regelen måtte gi rom for en konkret vurdering av hvorvidt kontrollforholdet kunne påvirke handlemåten til selskapene under konkurransen. I premiss 32 heter det:

⁹⁶ Sak C-213/07 *Michaniki* premiss 63

⁹⁷ Generaladvokatens forslag til dom premiss 35

«I den forbindelse er det for at vide, om et bestående kontrollforhold har påvirket indholdet af de respektive bud, som de pågældende virksomheder har fremsat under samme offentlige udbudsprocedure, nødvendigt, at der foretages en undersøgelse og vurdering af de faktiske omstændigheder, som det tilkommer de ordregivende myndigheder at iværksætte. Hvis det kan fastslås, at der har været en sådan påvirkning, hvilken form den end har haft, er dette tilstrækkeligt til at udelukke virksomhederne fra den pågældende udbudsprocedure.»⁹⁸

Sammenholder vi det siterte premisset med hva Domstolen fant i *Michaniki*, finner vi at generelle avvisningsregler må tillate en konkret vurdering av de faktiske forholdene som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Først på den måten er det mulig å avgjøre om avvisning er formålstjenlig. Selv om Domstolen viser til at det tilkommer oppdragsgiver å undersøke de faktiske forholdene, er det ikke slik at proporsjonalitetsprinsippet er til hinder for at vurderingen foretas av andre enn oppdragsgiver. Proporsjonalitetsprinsippet krever bare at det er mulighet til å foreta en konkret vurdering, mens det tilkommer medlemsstatene i kraft av sin organisatoriske autonomi å bestemme hvordan ordningen skal administreres.⁹⁹ Domstolens uttalelse må således forstås i lys av hvordan anskaffelsesreglene var innordnet i Italia. Med andre ord er ikke EU-retten til hinder for at medlemsstatene overlater den konkrete vurderingen til et eksternt organ, noe vi kommer nærmere tilbake til i kapittel 3.3.

Også i *Serrantoni* motsatte EU-domstolen seg en absolutt og ubetinget avvisningsregel. Saken gjaldt en italiensk avvisningsregel som slo kategorisk fast at leverandører fra samme virksomhetssammenslutning ikke kunne inngi konkurrerende bud ved anbudskonkurranser. Dette skulle ivareta prinsippene om likebehandling og gjennomsiktighet. Den konkrete anskaffelsen i saken var ikke omfattet av direktivet, men dette var ikke avgjørende da Domstolen fant at regelen utgjorde en restriksjon i EF artikkel 43 og 49 (nå artikkel 49 og 56 i TEUV). Selv om regelen kunne begrunnes i legitime hensyn gikk den lenger enn nødvendig da den ikke ga berørte virksomheter: «... nogen mulighed for at bevise, at deres bud er blevet formuleret helt uafhængigt, og at der derfor ikke foreligger nogen risiko for påvirkning af konkurrencen mellem de bydende».¹⁰⁰

⁹⁸ Sak C-538/07 *Assitur* premiss 32

⁹⁹ Slik også Hjelmeng og Søreide (2014) s. 13

¹⁰⁰ Sak C-376/08 *Serrantoni* premiss 39

Sammenfattet viser gjennomgangen av rettspraksis at proporsjonalitetsprinsippet er til hinder for avvisningsregler som er basert på en ugjendrivelig presumsjon.¹⁰¹ Dette fordi det må være mulig å foreta en konkret vurdering av om det er formålstjenlig å avvise en leverandør som rammes av en avvisningsgrunn. I den sammenheng må leverandøren gis mulighet til å bevise at det ikke er grunn til å avvise ham. Dersom en konkret vurdering viser at formålet med bestemmelsen gjør seg gjeldende kan leverandøren avvises. Dette gjenspeiler for øvrig et generelt krav i EU-retten til byrdefulle presumsjonsregler som griper inn i de fire friheter.¹⁰² Domstolen har gjentatte ganger lagt til grunn at generelle presumsjonsregler må suppleres med unntaksregler hvor det gis mulighet til å undersøke om formålet med en hovedregelen gjør seg gjeldende i den konkrete saken.¹⁰³

Også når det er tale om avvisning på grunn av misligheter må det være rom for en konkret vurdering av hvorvidt det er formålstjenlig å avvise leverandører som rammes av en avvisningsgrunn. Ved historiske misgjerninger vil vurderingstemaet være hvorvidt en fortidig misgjerning påvirker leverandørens pålitelighet i nåtid. Dersom en slik vurdering ikke er mulig risikerer oppdragsgiver å avvise pålitelige aktører, og dermed vil gå lengre enn det som er nødvendig for å nå målene om tillit og kriminalitetsbekjempelse.¹⁰⁴ Direktiv 2014/24/EU har tatt høyde for dette ved å innføre egne regler om selvrensing i artikkel 57 (6).¹⁰⁵ Av bestemmelsen følger det at det skal foretas en individuell vurdering der leverandørerer gis anledning til å godtgjøre sin pålitelighet. I tråd med diskusjonen ovenfor fremgår det uttrykkelig av fortalen at vurderingen kan overlates til «andre myndigheter på sentralt eller decentralt plan».¹⁰⁶

2.3.2 Avvisningsbeslutninger

Med avvisningsbeslutning menes i det følgende en individuell avgjørelse om å avvise en leverandør fra en enkelt konkurranse. Også ved enkeltbeslutninger om avvisning er

¹⁰¹ Se også forente saker C-21/03 og C-34/03 *Fabricom* premiss 33 flg.

¹⁰² Domstolen har også på bakgrunn av andre prinsipper lagt samme tolkningsresultat til grunn, se for eksempel Sak C-557/12 *Kone* premiss 31 flg. som gjaldt effektivitetsprinsippet og erstatning etter TEUV artikkel 101

¹⁰³ Se Craig (2006) s. 701 flg., Fenger (2004) s. 640

¹⁰⁴ Arrowsmith (2009) s. 24 flg.

¹⁰⁵ COM(2011) 15 s. 53

¹⁰⁶ Fortalen punkt 102

medlemsstatene bundet av proporsjonalitetsprinsippet.¹⁰⁷ I så vel fortalen som artikkel 18 heter det at oppdragsgiver skal behandle leverandører på en forholdsmessig måte, og så lenge direktivet kommer til anvendelse er medlemsstatene bundet av dette uavhengig av om det foreligger et grenseoverskridende element.¹⁰⁸

Det anskaffelsesrettslige proporsjonalitetsprinsippet innebærer at kravene som stilles til leverandøren må stå i forhold til anskaffelsens art og verdi. Dette skal ikke bare beskytte fri bevegelse og konkurranse ved offentlige innkjøp, men også beskytte oppdragsgiver fra uforholdsmessige forpliktelser i anskaffelsesprosessen.¹⁰⁹ Det kan diskuteres om også kravene som stilles til leverandørens pålitelighet må stå i forhold til anskaffelsens art og verdi.¹¹⁰ For å besvare dette er det nødvendig å skille mellom de obligatoriske og de fakultative avvisningsreglene.

Avvisningsplikten er et klart utslag av EUs sektorovergripende politikk. Avvisningsgrunnene er ikke tilknyttet anskaffelsen som er målet for prosessen, men skal i stedet ivareta allmennhetens tillit til anskaffelsesprosessen og forebygge alvorlig kriminalitet. Oppdragsgiver kan ikke ignorere denne plikten med den begrunnelse at anskaffelsen ikke er viktig nok. En slik tilnærming er nemlig ikke i samsvar med ordlyden og formålet med artikkel 57 (1), og kan neppe være forenlig med effektivitetsprinsippet.¹¹¹ Utgangspunktet må derfor være at den enkelte anskaffelse ikke har betydning ved obligatorisk avvisning.

Avvisningsretten skiller seg fra avvisningsplikten ved at den i større utstrekning skal beskytte oppdragsgivers tillit til en potensiell kontraktspart. Så lenge oppdragsgiver er gitt et skjønn til å bestemme om det er hensiktsmessig å avvise, tilsier beskyttelseshensynet at avvisningsgrunnen i utgangspunktet må være relevant for anskaffelsen, slik at kravene som stilles til leverandørens pålitelighet ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig i forhold til anskaffelsen. Som vi kommer tilbake til i kapittel 4.1 har dette mindre betydning så lenge det er tale om misgjerninger av et visst alvor.

¹⁰⁷ Fortalens punkt 1 og 101

¹⁰⁸ Jf. C-213/07 *Michaniki* premiss 29

¹⁰⁹ Jf. Steincike og Groesmeier (2008) s. 93-94

¹¹⁰ Arrowsmith og Kunzlik (2009) s. 230

¹¹¹ Fog og Steincike (2009) s. 7

Selv om det ikke nødvendigvis er et krav at avvisning står i forhold til hva som skal anskaffes, må avvisning stadig oppfylle proporsjonalitetsprinsippet krav. Riktignok er ikke avvisning på grunn av straffbare og kritikkverdige forhold straff, men det er like fullt tale om en restriktiv reaksjon som etter EU/EØS-retten utgjør en sanksjon.¹¹² Det er i den forbindelse sikker rett at sanksjoner ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig, og avvisning må derfor stå i forhold til misgjerningen som er begått,¹¹³ noe som også kommer direkte til uttrykk i fortalen,¹¹⁴ og følger implisitt av artikkel 57 (7) som foreskriver forskjellig utestengesperioder avhengig av grunnlaget for avvisning.

Ekskludering fra offentlige kontrakter kan også begrense utenlandske leverandørers adgang til nasjonale markeder og representerer i så måte en *restriksjon* i den frie bevegelse.¹¹⁵ I forlengelsen av dette har vi sett at selv om en leverandør oppfyller vilkårene for avvisning følger det av proporsjonalitetsprinsippet at leverandøren må få godtgjøre at det likevel ikke er formålstjenlig å avvise ham.¹¹⁶

Retter vi blikket mot norsk rett følger det av FADs veileder at så vel retten som plikten til å avvise forutsetter en proporsjonalitetsvurdering.¹¹⁷ Proporsjonalitetsvurderingen er behandlet i Kofa-praksis som har lagt til grunn at det må legges vekt på hvor alvorlig handlingen er, tiden som har gått siden misgjerningen fant sted og om leverandøren har gjennomført selvrensingstiltak.¹¹⁸ I tillegg har Kofa lagt til grunn at nemnden kan prøve om avvisning fremstår som et «uforholdsmessig tyngende inngrep»¹¹⁹ og at det må en foretas en «generell vurdering av konsekvensene av å opprettholde avvisning».¹²⁰

¹¹² COM(2006) 73 s., Forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002 artikkel 96 (2). Hjelmeng og Søreide (2013) s. 6, Arrowsmith (2009) s. 15. I norsk sammenheng kan det virke forvirrende å betegne et rettsmiddel som sanksjon så lenge det ikke er pønalt. I EU/EØS-retten er imidlertid begrepet sanksjon gitt en langt videre betydning, og kan omfatte alt fra kontraktsrettslig ugyldighet til straff og rettighetstap

¹¹³ Sml. sak C-240/78 *Atlanta* premiss 15, forordning (EF, EURATOM) Nr. 2342/2002 artikkel 133 a

¹¹⁴ Punkt 101

¹¹⁵ Jf. C-376/08 *Serrantoni*, se også Poulsen (2012) s. 437-438

¹¹⁶ Artikkel 57 (6), Se også COM (2011) 15 s. 53

¹¹⁷ Fad sin veileder s. 184 og 187-188, Rundskriv 8/766 s. 12

¹¹⁸ Sak 2011/206 premiss 31 flg., se også Rt. 2013 s. 1025 premiss 89

¹¹⁹ Sak 2006/153 premiss 133. Se også sak 2009/28 og sak 2011/206 premiss 33

¹²⁰ Sak 2009/28 og sak 2011/206 premiss 33, se også Fad sin veileder s. 184

2.3.3 Oppsummering

Sammenfattet har proporsjonalitetsprinsippet grunnleggende betydning ved avvisning på grunn av misligheter. For det første må medlemsstatene ved gjennomføringen av direktivet overholde proporsjonalitetsprinsippet, slik at generelle avvisningsregler ikke kan gå lenger enn det som er nødvendig for å nå formålet med regelen. For det andre er oppdragsgiver bundet av proporsjonalitetsprinsippet ved den enkelte beslutning om avvisning. Som vi skal se er det en nær sammenheng mellom disse aspektene av proporsjonalitetsprinsippet. Dette fordi proporsjonalitetsvurderingen ved avvisningsbeslutninger ofte kan begrenses til en tolkning av den generelle avvisningsregelen.¹²¹ Dette kommer vi særlig tilbake til i kapittel 3.3 og 3.4 samt 4.3 og 4.4. Før vi kommer så langt skal vi se nærmere på spørsmål om saksbehandling og fremgangsmåten for avvisning.

2.4 Saksbehandling og fremgangsmåte

Dette kapitlet skal behandle overordnede prosessuelle spørsmål av betydning for avvisning. Som vi har sett kan avvisning kan være inngripende for leverandører som rammes. Riktignok kan konsekvensene variere betydelig avhengig av en rekke forhold ved den enkelte leverandør, og det er også en forskjell mellom å bli totalt utestengt fra markedet i en bestemt periode, og å bli avvist fra en enkelt anskaffelse.¹²² Likevel tilsier de potensielle konsekvensene av avvisning at den enkelte beslutning treffes i tråd med en forsvarlig beslutningsprosess som sikrer rettferdig og transparent saksbehandling, og materielt riktige beslutninger.

2.4.1 Tidspunktet for avvisning

Det fremgår av artikkel 57 (5) at oppdragsgiver når som helst i løpet av anskaffelsesprosessen kan avvise leverandører som oppfyller vilkårene i artikkel 57 (1) og 57 (4). Dette må ses i sammenheng med at direktivet endrer fremgangsmåten for evaluering av leverandørenes kvalifikasjoner.¹²³ Etter artikkel 59 (1) kan alle leverandører som ikke er i en situasjon som nevnt i artikkel 57 inngi et såkalt felleseuropeisk anbudsdokument som midlertidig bevis på at disse er kvalifiserte. Dersom en leverandør som oppfyller vilkårene i artikkel 57 likevel

¹²¹ Se Fenger (2004) s. 647-648

¹²² Arrowsmith (1988) s. 162 og Williams-Elegbe (2012) s. 112

¹²³ se også artikkel 56 (2)

sender inn et slikt dokument, kan vedkommende avvises etter artikkel 57 (4) h. Oppdragsgiver kan på sin side nøye seg med å etterspørre dokumentasjon som nevnt i artikkel 60 (2) a fra leverandøren som har inngitt best tilbud.

I norsk rett følger det av FOA § 20-15 (1) at oppdragsgiver snarest mulig skal ta stilling til spørsmålet om avvisning. Dette har vært begrunnet i hensynet til at leverandøren skal ha mulighet til å påklage avgjørelsen, og at han skal unngå unødige tap som følge av at han er bundet av tilbudet ut vedståelsesfristen, og således binder opp ressurser. Etter det nye direktivet er det imidlertid ikke et tilsvarende krav og vi kan derfor vente oss en endring i regelverket etter at dette er gjennomført i norsk rett.¹²⁴

Til tross for at oppdragsgiver etter det nye direktivet ikke er forpliktet til å vurdere spørsmålet om avvisning snarest mulig, tilsier hensynet til leverandøren at oppdragsgiver likevel treffer beslutning om å avvise så snart tilstrekkelig informasjon til å avgjøre spørsmålet foreligger. Vi kan for eksempel tenke oss at oppdragsgiver gjennom media eller på annen måte blir gjort oppmerksom på at leverandøren har gjort seg skyldig i en alvorlig misgjerning. Dersom oppdragsgiver etter dette har tilstrekkelig informasjon til å avgjøre spørsmålet om avvisning bør beslutningen fattes snarest mulig. Dette følger av *Fabricom-avgjørelsen* hvor Domstolen fant at oppdragsgiver ikke kunne utsette avvisningsspørsmålet til sent i anbudsproseduren når oppdragsgiver hadde alle opplysninger som var nødvendig for å treffe en beslutning.¹²⁵ En slik praksis kan forsinke leverandørens mulighet til å påklage avvisningsbeslutningen, og påføre leverandøren unødige tap. Likevel må oppdragsgiver bruke tiden som er nødvendig for en forsvarlig saksbehandling, og i den anledning oppstår spørsmålet om leverandøren skal forhåndsvarsles.

2.4.2 Forhåndsvarsel

Direktivet sier ingenting om hvorvidt leverandører har krav på forhåndsvarsel med påfølgende mulighet til å uttale seg. Medlemsstatene er i kraft av sin prosessuelle og organisatoriske autonomi forutsatt å utpense i lov eller forskrift hvilke saksbehandlingsregler som skal gjelde.¹²⁶ Disse reglene må være i samsvar med EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper.

¹²⁴ NOU 2014: 4 s. 240

¹²⁵ Forente saker C-21/03 og C-34/03 premiss 44

¹²⁶ Artikkel 57 (7)

Overordnet vil saksbehandlingsreglene kunne variere etter hvem som har beslutningsmyndighet, hvilket skjønn som er tillagt beslutningsmyndigheten og hvilket stadium i avvisningsbeslutningen det er tale om.

Etter EU-retten gjelder det et generelt prinsipp om forsvarlig og kontradiktorisk forvaltningsprosess som medlemsstatene må overholde ved gjennomføring av unionsrett.¹²⁷ Når avvisende myndighet er innrømmet et skjønn til å avgjøre om leverandøren *faktisk* har begått en misgjerning som kan lede til avvisning, tilsier EU-rettens grunnleggende prinsipper at leverandøren har krav på forhåndsvarsel og mulighet til å korrigere og supplere faktagrunnlaget i saken.¹²⁸ At sakens faktiske side er tilstrekkelig opplyst er avgjørende for å sikre at oppdragsgiver ikke begrenser konkurransen ved å avvise pålitelige og egnede leverandører, og kan beskytte leverandører mot urettmessige beslutninger. Selv om heller ikke FOA inneholder regler om forhåndsvarsel¹²⁹ kan det utledes et tilsvarende krav til utredning fra forvaltningsrettens prinsipp om forsvarlig saksbehandling og kontradiksjon, samt kravet til god anbudsskikk.¹³⁰ Dette tilsier at leverandøren skal forhåndsvarsles og gis anledning til å uttale seg om sakens faktiske side når oppdragsgiver vurderer å avvise etter FOA § 20-12 (2) d.¹³¹

I motsetning til artikkel 57 (4) c krever artikkel 57 (1) at det foreligger endelig dom. Det er dermed ikke oppdragsgiver som skal avgjøre hvorvidt leverandøren faktisk har begått en misgjerning, i tillegg til at det følger av lovgivningen at straffedømte leverandører må avvises. Hensynet til sakens opplysning gjør seg dermed ikke gjeldende på samme måte som ved fakultativ avvisning, og det kan anføres at straffedømte leverandører er gitt tilstrekkelig varsel ved at avvisningsplikten følger av lovgivingen og kunngjøringen.¹³²

¹²⁷ Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter artikkel 41 jf. artikkel 51 (1). Også oppdragsgiver som ikke er tradisjonelle forvaltningsorganer er bundet av grunnleggende forvaltningsrettslige prinsipper så lenge de er pliktsubjekter etter direktivet, jf. Fenger (2004) s. 197 flg. Imidlertid kan kravene til nasjonal forvaltning være forskjellig enn kravene til EUs forvaltningsorganer, jf. C-60/92 *Otto*, men dette temaet skal ikke forfølges nærmere her.

¹²⁸ Tridimas (2006) s. 415-416, Williams-Elegbe (2012) s. 113

¹²⁹ Videre kommer heller ikke fvl kapittel 4 til anvendelse

¹³⁰ Se også Rt. 1998 s. 1951, LB-2000-2645, Kofa-sak 2006/153 og NOU 1997:21 s. 82

¹³¹ Se også Dragsten (2013) s. 237

¹³² Artikkel 49

Imidlertid har vi sett at proporsjonalitetsprinsippet også gir leverandører prosessuelle rettigheter ved at de skal ha mulighet til å godtgjøre at avvisning ikke er formålstjenlig.¹³³ Dette tilsier at alle leverandører som har gjort seg skyldig i en fortidig misgjerning bør få forhåndsvarsel slik at de før beslutningen treffes kan bidra til sakens opplysning ved å dokumentere at eventuelle selvrensingstiltak er gjennomført. På den annen side kan den insentivbaserte tilnærmingen til selvrensing innebære at det er tilstrekkelig at oppdragsgiver gir leverandører begrunnelse for avvisning som beskrevet nedenfor, og at det deretter er opp til den enkelte leverandør å henvende seg til oppdragsgiver for å dokumentere hvilke grep som er tatt i bedriften. I lys av fortalens punkt 102, hvoretter det tilkommer medlemsstatene å fastsette prosedyrene for selvrensing i nasjonal rett, vil spørsmålet om forhåndsvarsel ved obligatorisk avvisning derfor bero på hvordan medlemsstatene gjennomfører artikkel 57.

2.4.3 Begrunnelse

Artikkel 55 i direktiv 2014/24/EU viderefører begrunnelsesreglene fra direktiv 2004/18/EF. Etter første ledd skal oppdragsgiver hurtigst mulig underrette så vel tilbudsgivere som ansøkere om beslutninger som er truffet med hensyn til kontraktstildelingen. Av artikkel 55 (2) a og b følger det at avviste leverandører ved skriftlig forespørsel har krav på begrunnelse for hvorfor deres tilbud ble avvist innen 15 dager etter at oppdragsgiver mottok denne. Videre følger det uttrykkelig av artikkel 57 (6) at leverandører har krav på begrunnelse hvis selvrensingstiltakene blir funnet utilstrekkelige.

Begrunnelsesplikten er et utslag av gjennomsiktighetsprinsippet, og gir leverandører mulighet til å vurdere om avvisningen er i samsvar med regelverket. I motsatt fall kan leverandøren bringe saken inn for domstolene. Av denne grunn må begrunnelsen være tilstrekkelig presis og utfyllende til at beslutningen kan etterprøves,¹³⁴ og kravet til innholdet vil derfor kunne variere avhengig av forholdene i den enkelte sak. Overordnet ser det likevel ut til at EU/EØS-retten stiller små krav før begrunnelsesplikten er oppfylt.¹³⁵ I norsk rett følger begrunnelsesplikten av FOA § 20-16 (2) a, som gir avviste leverandører krav på en kort

¹³³ Artikkel 57 (6)

¹³⁴ Sak C-455/08 *Kommisjonen mot Irland* premiss 31

¹³⁵ Jf. T-183/00 *Strabag* premiss 57, T-4/01 premiss 92-93, *Arrowsmith* (2005) s. 797 flg., NOU 2010:2 s. 151 flg.

begrunnelse. I *Ikon* fant Kofa at kravet til etterprøvbarhet og gjennomsiktighet i LOA § 5 krever at oppdragsgiver må «dokumentere hvilke forhold som er vektlagt i avvisningsvurderingen».¹³⁶

2.4.4 Oppsummering

I dette kapitlet har vi sett at det i utgangspunktet tilkommer medlemsstatene i kraft av sin organisatoriske og prosessuelle autonomi, men stadig under overholdelse av EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper, å fastsette saksbehandlingsregelen for avvisning. Forskrift om offentlige anskaffelser er sparsom med hensyn til hvilke saksbehandlingsregler som gjelder ved avvisning etter FOA § 20-12 (1) e og 20-12 (2) d, men i Kofa-praksis har hensynet til kontradiksjon blitt fremhevet og innfortolket i kravet til god forvaltningsskikk.¹³⁷ Gode grunner taler for at lovgiver ved gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU innfører krav til forhåndsvarsel, der leverandører forut for avvisningsbeslutningen også gis mulighet til å godtgjøre om selvrensingstiltak er gjennomført. Dersom oppdragsgiver bryter saksbehandlingsreglene kan dette påklages av leverandører, og hvor tilsidesettelsen inngår i den erstatningsrettslige vurderingen av hvorvidt det foreligger ansvarsgrunnlag. Dette bringer oss over i neste kapittel som behandler spørsmål om håndhevelse og kontroll.

2.5 Håndhevelse

Anskaffelsesregelverket er primært basert på privat håndhevelse hvor private aktører påklager oppdragsgivers brudd på anskaffelsesregelverket til et klageorgan, eller bringer saken inn for domstolene.¹³⁸ I norsk rett kan leverandører med saklig klageinteresse bringe saken inn for Kofa for en rådgivende uttalelse.¹³⁹

Prosedyren for klage reguleres i EU/EØS-retten av håndhevelsesdirektivet.¹⁴⁰ Direktivets formål er å sikre at oppdragsgivere etterlever anskaffelsesregelverkets materielle regler ved at private parter effektivt kan klage over «beslutninger» som er i strid med fellesskapsretten.¹⁴¹

¹³⁶ Jf. Sak 2006/153

¹³⁷ Sak 2006/153 premiss 115

¹³⁸ Også Esa er en relevant instans

¹³⁹ Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser § 6

¹⁴⁰ Direktiv 89/665/EØF og endringsdirektiv 2007/66/EF

¹⁴¹ Direktiv 89/665/EØF artikkel 1 jf. portalens punkt 3

Der avvisningsreglene skal virke preventivt for leverandører, skal håndhevelsesreglene virke preventive for offentlige oppdragsgivere. Imidlertid angir direktivet bare minimumskravene som må overholdes, slik at det er opp til medlemsstatene å fastsette de nærmere materielle og prosessuelle betingelsene for håndheving, herunder betingelsene for erstatning.¹⁴²

Det er klart at avvisning utgjør en «beslutning» som kan påklages.¹⁴³ Hvem som har rettslig interesse i en eventuell tvist vil variere etter avvisningsgrunnlaget. En *avvist leverandør* (ansøkere/tilbudsgivere) vil alltid kunne påklage en beslutning om avvisning. Forut for kontraktstildeling kan avviste leverandører først fremsette klage til oppdragsgiver,¹⁴⁴ som ikke kan inngå kontrakt før klagen er realitetsbehandlet.¹⁴⁵ Hvis klagen ikke fører fram følger det av LOA § 8 at leverandøren kan reise søksmål med krav om at en urettmessig avvisningsbeslutning settes til side. I tillegg kan avviste leverandører begjære midlertidig forføyning med påstand om at oppdragsgiver avstår fra å inngå kontrakt inntil hovedkravet er avgjort.¹⁴⁶

Etter kontraktstildeling kan en urettmessig avvist leverandør kreve erstatning.¹⁴⁷ Den negative kontraktsinteressen kan kreves erstattet dersom det foreligger en feil fra oppdragsgivers side,¹⁴⁸ og leverandøren kan bevise at han ikke ville deltatt i konkurransen dersom han hadde visst at feilen ville bli begått.¹⁴⁹ En avvist leverandør kan videre kreve erstatning for positiv kontraktsinteresse dersom oppdragsgiver har begått en vesentlig feil, og anbyderen med klar sannsynlighetsovervekt kan bevise at vedkommende ville ha blitt tildelt oppdraget.¹⁵⁰

Der oppdragsgiver ikke har overholdt avvisningsplikten har også *forbigåtte anbydere* rettslig interesse. Forut for kontraktsinngåelse kan disse reise søksmål med krav om at kontrakt ikke tildeles leverandøren som skulle vært avvist, og etter at kontrakt er inngått kan de på samme

¹⁴² Sak C-314/09 *Strabag* premiss 33

¹⁴³ Sml. C-92/00 *HI* premiss 36 flg.

¹⁴⁴ Jf. Kofa-sak 2008/32 premiss 43

¹⁴⁵ Jf. C-81/98 *Alcatel* og Kofa-sak 2008/32 premiss 44

¹⁴⁶ LOA § 9

¹⁴⁷ LOA § 11

¹⁴⁸ Hvorvidt denne må være vesentlig er foreløpig uklart, jf. Rt. 2008 s. 982 premiss 47

¹⁴⁹ Rt. 1997 s. 574, se også Kofa-sak 2008/47 premiss 39

¹⁵⁰ Rt. 2001 s. 1062, Rt. 2007 s. 983 og Rt. 2008 s. 1705

måte som avviste leverandører reise erstatningssøksmål. Også *potensielle anbydere* som ikke har deltatt i konkurransen kan etter omstendighetene ha en slik tilknytning til søksmålgjenstanden at de er berettiget erstatning for utgifter tilknyttet forsøk på å stanse en ulovlig prosess.¹⁵¹

Reglene om håndhevelse viser at det kan få store konsekvenser for oppdragsgiver dersom han trår feil ved spørsmål om avvisning. Kofa-praksis kan også avdekke at avvisningsreglene som sådan virker prosesskapende – 40 % av Kofa-sakene som er avgjort etter 1. januar 2012 reiser spørsmål om avvisning. Dette skyldes også at avvisningsreglene i norsk rett reiser en rekke vanskelige tolkningsspørsmål, og av NOU 2014:4 følger det at utvalget i arbeidet med utredningen fikk mange innspill om at avvisningsreglene etter gjeldende rett er krevende å anvende.¹⁵² Dette gjelder også avvisning på grunn av straffbare og kritikkverdige forhold, og ved gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU er det derfor viktig at lovgiver forsøker å klargjøre rettstilstanden innen det handlingsrommet direktivet gir.

2.6 Sammenfatning

Sammenfattet har gjennomgangen vist at avvisningsregimet har to funksjoner. For det første har avvisning en *renovasjonsfunksjon* der upålitelige og kriminelle leverandører nektes tilgang til offentlige kontrakter. Dette skal ikke straffe leverandørene, men sikre at allmennheten og oppdragsgivere har tillit til leverandører som utfører oppgaver på fellesskapets regning, i tillegg til å bekjempe kriminalitet og annen uetisk adferd. For det andre har avvisningsregimet en *rehabiliteringsfunksjon* der leverandører gis insentiv til å gjenopprette tapt tillit gjennom å godtgjøre at de i fremtiden er en pålitelig kontraktspart. Vekselvirkningen av dette er at markedet for offentlige anskaffelser reduseres til pålitelige leverandører, og slik skal reglene tjene målet om rettferdig konkurranse.

I hvilken utstrekning avvisningsreglene får tilsiktet virkning vil bero på gjennomføring i nasjonal rett. Selv om det nasjonale handlingsrommet varierer mellom henholdsvis retten og plikten til å avvise, har vi sett at det stadig er medlemsstatene som skal bestemme formen og midlene for gjennomføringen, og hvordan anskaffelsesprosessen skal administreres på

¹⁵¹ Rt. 2008 s. 982

¹⁵² NOU 2014:4 s. 209

nasjonalt plan. Videre tilkommer det medlemsstatene å bestemme nærmere hvor lenge leverandører skal eller kan avvises, samt de materielle og prosessuelle vilkårene for selvrensing. Som vi har sett må medlemsstatene ved implementeringen av artikkel 57 stadig overholde EU-rettens grunnleggende prinsipper.

På bakgrunn av dette skal vi i avhandlingens spesielle del se nærmere på hvordan avvisningsreglene kan gjennomføres i nasjonal rett. I den sammenheng gjelder det å finne en rimelig balanse mellom hensyn som gjør seg gjeldende på makronivå, og hensyn som gjør seg gjeldende ved den enkelte konkurranse. Som vi har sett kan regler om saksbehandling og håndhevelse føre til at anskaffelsesprosessen forsinkes og fordyres. Det samme gjelder uklare regler som gir opphav til vanskelige og tidkrevende vurderinger på oppdragsgivers hånd. Ved gjennomføringen i nasjonal rett må målet være å sikre at avvisningsreglene får tilsiktet virkning, samtidig som reglene er klare og praktikable for berørte aktører. I avhandlingens spesielle del skal vi undersøke nærmere hvordan lovgiver kan balansere ulike hensyn som gjør seg gjeldende ved implementering av artikkel 57 (1) og 57 (4) c.

3 Avvisningsplikt

Avhandlingen har så langt behandlet generelle spørsmål av betydning for gjennomføring og tolkning av anskaffelsesdirektivets avvisningsregler. I dette kapitlet skal vi behandle konkrete problemstillinger om rekkevidden av avvisningsplikten. Vi skal først se nærmere på vilkårene for avvisningsplikt i kapittel 3.1, og i forlengelse av dette identifikasjon i kapittel 3.2. Som vi har sett i kapittel 2.3 krever proporsjonalitetsprinsippet at det må være mulig å foreta en konkret vurdering av hvorvidt avvisning er formålstjenlig på tidspunktet for konkurransen. Dette er det overordnede temaet i kapittel 3.3 som behandler avvisningsvurderingen. I hvert kapittel skal vi fortløpende undersøke hvilken betydning direktivet får for norsk rett. I tolkningsprosessen er det i samsvar med EU-rettslig metode viktig å se hen til formålet med de obligatoriske avvisningsreglene, nemlig hensynet til allmenhetens tillit til anskaffelsesprosessen og forebygging av alvorlig kriminalitet.¹⁵³

3.1 Avvisningsvilkår

Vi skal i det følgende først se nærmere på forbrytelsene som utløser avvisningsplikten, før spørsmål om bevis og undersøkelsesplikt behandles i avsnitt 3.1.4. Direktivet angir imidlertid ikke gjerningsbeskrivelsen for forbrytelsene som omfattes av avvisningsplikten. I stedet henviser direktivet til gjerningsbeskrivelser nedfelt i andre rettslige instrumenter. Det bringer oss over til neste avsnitt om krysshenvisning.

3.1.1 Krysshenvisninger

Artikkel 57 (1) henviser til gjerningsbeskrivelser angitt i *konvensjoner* (bokstav b og c), *rammebeslutninger* (bokstav a,b,d) og andre *direktiver* (bokstav e og f). Grunnen til at vi finner ulike rettslige instrumenter er EUs historiske utvikling på det strafferettslige området, hvor medlemsstatens samarbeid har blitt stadig tettere siden ikrafttreddelsen av Maastricht-avtalen i 1993.

Forut for Amsterdam-traktatens ikrafttredelse i 1999 hadde ikke EU-retten egne rettslige instrumenter for justis- og politisamarbeid (tredje søyle). I stedet tilsvarte beslutningsprosedyrene for disse saksområdene andre former for folkerettslig samarbeid, der

¹⁵³ Kapittel 2.2

medlemsstatene fremforhandlet *konvensjoner* som etter vedtakelsen måtte bli ratifisert og gjennomført i nasjonal rett.¹⁵⁴ Det er dermed opp til medlemsstatene å gjennomføre disse etter folkerettens prinsipper.

Rammebeslutninger er rettslige instrumenter som ble innført ved Amsterdam-traktaten. Etter TEU artikkel 34 nr. 2 bokstav b kunne Rådet enstemmig fatte beslutninger for å harmonisere medlemsstatenes lovgivning innen saksområde i tredje søyle,¹⁵⁵ for derigjennom styrke det strafferettslige samarbeidet.¹⁵⁶ Rammebeslutninger er kun folkerettslig bindende for medlemstatene. Likevel tilsier hensynet til homogenitet og lojalitet at det etter EU-retten gjelder et prinsipp om rammebeslutningskonform tolkning.¹⁵⁷

Ved Lisboa-traktatens ikrafttredelse i 2009 forvant EUs søylestruktur, og rettsakter om politisamarbeid og rettslig samarbeid blir nå dels vedtatt etter ordinære regelverkprosessen og dels etter særskilte beslutningsregler.¹⁵⁸ *Direktiver* må som den klare hovedregel implementeres i nasjonal rett for å få virkning, og ingen kan derfor dømmes utelukkende med hjemmel i et direktiv.

Sammenfattet utløses avvisningsplikten når en leverandør ved endelig dom er dømt med hjemmel i en nasjonal straffebestemmelse, som gjenspeiler gjerningsbeskrivelsen angitt i nevnte konvensjoner, rammebeslutninger og direktiver. Spørsmålet blir deretter hvilken betydning disse rettsaktene har i norsk rett.

I utgangspunktet faller EUs felles justis- og politisamarbeid utenfor EØS-avtalen da denne er begrenset til å gjelde reglene for det indre marked.¹⁵⁹ Med unntak av direktiv 2005/60/EF er de rettslige instrumentene nevnt ovenfor derfor ikke inntatt i EØS-avtalen. Imidlertid har Norge inngått en rekke avtaler med EU utover EØS, blant annen innen justispolitikken.¹⁶⁰

¹⁵⁴ Asp (2012) s. 33

¹⁵⁵ Tidligere artikkel 34 (2) bokstav b i TEUV

¹⁵⁶ COM (97) 192 s. 3

¹⁵⁷ Mathisen (2003) s. 292. Spørsmålet om hvor langt dette rekker på strafferettens område skal ikke behandles nærmere her.

¹⁵⁸ TEUV art. 83

¹⁵⁹ EØS-avtalen artikkel 1

¹⁶⁰ NOU 2012:2 s. 73

Selv rettsakter fra EU som ikke er bindende etter EØS-avtalen kan være av betydning for norsk rett hvis rettstilstanden forutsettes å være i samsvar med EU-retten. Dette gjelder blant annet innen flere områder av strafferetten, hvor vi i forarbeider kan lese at det er viktig at: «Norge deltar på de sentrale internasjonale arenaer for å styrke landenes samarbeid til å bekjempe organisert kriminalitet, korrupsjon og hvitvasking. Dette gjelder særlig opp mot EU, Europarådet og FN.»¹⁶¹

3.1.2 Formuesforbrytelser

Direktivet oppstiller avvisningsplikt for tre typer formuesforbrytelser som kan skade Unionens finansielle interesser: *korruptjon, bedrageri og hvitvasking*.

Artikkel 57 (1) bokstav b definerer *korruptjon* på fire måter. For det første er korrupsjon definert ved henvisning til artikkel 3 i «the Convention on the fight against corruption involving officials of the European Communities or officials of Member States of the European Union». Artikkelen omfatter aktiv korrupsjon som involverer en tjenestemann. Med «tjenestemann» menes enhver tjenestemann som enten arbeider for EU eller for en nasjonal myndighet.¹⁶² «Aktiv korrupsjon» defineres som en handling der en person direkte eller gjennom en tredjemann lover eller yter en tjenestemannen en fordel, med den hensikt at han i strid med sine offisielle plikter enten foretar en handling eller unnlater å foreta en handling omfattet av hans ansvarsområde. Enhver fordel er i utgangspunktet omfattet enten denne er til gunst for tjenestemannen selv eller en tredjemann. Imidlertid er det ikke et krav at fordelen faktisk blir prestert da det er tilstrekkelig med et løfte.¹⁶³

For det andre defineres korrupsjon ved henvisning til artikkel 2 (1) i «Council Framework Decision 2003/568/JHA». Artikkel 2 omfatter både (a) aktiv og (b) passiv korrupsjon i privat sektor. Definisjonen av «aktiv korrupsjon» sammenfaller med artikkel 3 i konvensjonen nevnt ovenfor, bortsett fra at «tjenestemann» er byttet ut med «en person, der i en hvilken som helst egenskap leder arbejder for en virksomhed i den private sektor». Der aktiv korrupsjon omfatter det å yte en uberettiget fordel, omhandler «passiv korrupsjon» å motta en uberettiget fordel. Artikkel 2 (1) b definerer passiv korrupsjon som en handling hvor en person direkte

¹⁶¹ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 7

¹⁶² Artikkel 1 a og b

¹⁶³ C 391/01 s. 5

eller indirekte anmoder, mottar eller tar i mot løfte om en uberettiget fordel, med den hensikt å begå pliktforsømmelser. Bestemmelsen rammer alle personer som leder eller arbeider i en privat virksomhet.

For det tredje skal korrupsjon forstås i samsvar med hvordan korrupsjon er definert i hjemstaten til oppdragsgiver, og for det fjerde hvordan korrupsjon er definert i medlemsstaten til leverandøren. Tilsvarende fulgte ikke av direktiv 2004/18/EF artikkel 45, noe som innebærer at definisjonen av korrupsjon er utvidet. Dette innebærer antakeligvis at dersom leverandøren har sitt hovedsete utenfor EØS-området, og i henhold til landets domstol er dømt for korrupsjon, vil oppdragsgiver ha avvisningsplikt. Preiss finner at dette er overraskende fordi medlemsstatene etter tidligere direktiver var etterlatt et skjønns til å bestemme om straffedommer fra tredjeland skulle utløse avvisningsplikten.¹⁶⁴ Dette må imidlertid ses i sammenheng med mangelfull harmonisering av korrupsjon i medlemsstatene og på verdensbasis,¹⁶⁵ EUs arbeid mot korrupsjon i tredjeland,¹⁶⁶ samt ønsket om at oppdragsgiver skal anvende direktivet også overfor leverandører fra tredjeland.¹⁶⁷

I norsk rett er korrupsjon definert i strl.§ 276 a, b og c, som forbyr både aktiv og passiv korrupsjon samt påvirkningshandel. Bestemmelsene ble vedtatt ved lov 4. juli 2003 nr. 79, og tok sikte på å gjennomføre kravene i Europarådets Criminal Law Convention on Corruption av 27. januar 1999.¹⁶⁸ Konvensjonen er i samsvar med regelverket i EU som beskrevet ovenfor.

I FOA § 20-12 (1) bokstav e skal oppdragsgiver avvise leverandører som er rettskraftig dømt for «korrupsjon». Gjerningsbeskrivelsen er ikke angitt i forskriften, men må i utgangspunktet forstås i samsvar med artikkel 45 (1) i direktiv 2004/18/EF, som henviste til artikkel 3 i Rådets felles aksjon 98/742/RIA og artikkel 3 i Rådets rettsakt av 26. mai 1997. Gjerningsbeskrivelsen i disse rettsaktene sammeffaller med gjerningsbeskrivelsen i rettsaktene behandlet ovenfor. Forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) e generelt utformet, noe som tilsier at oppdragsgiver også har plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt av

¹⁶⁴ Jf. Preiss (2014) s. 115

¹⁶⁵ COM(2014) 38 s. 1

¹⁶⁶ COM (2014) 38 s. 19

¹⁶⁷ Fortalens punkt 17

¹⁶⁸ Ot.prp.nr. 78 (2002-2003) s. 8 flg.

en domstol utenfor EØS.¹⁶⁹ Derfor vil ikke direktiv 2014/24/EU endre rettstilstanden på dette punkt.

Oppdragsgiver har etter artikkel 57 (1) bokstav c plikt til å avvise leverandører som ved endelig dom er dømt for *bedrageri*. Artikkel 1 i svikkonvensjonen¹⁷⁰ definerer bedrageri på to måter: (a) bedrageri med hensyn til EUs utgifter og (b) bedrageri med hensyn til EUs inntekter. Med EUs utgifter forstås tilskudd og støtte som forvaltes direkte over fellesskapets alminnelige budsjetter, eller som forvaltes på vegne av fellesskapet, eksempelvis tilskudd via Det europeiske sosialfond. Med EUs inntekter forstås primært avgifter som for eksempel er pålagt handelen med tredjeland innenfor rammene av en felles landbrukspolitikk.¹⁷¹ Bedrageri etter konvensjonen omfatter enhver forsettlig handling eller unnlatelse som innebærer bruk av falske, uriktige eller ufullstendige erklæringer eller dokumenter, som enten medfører en urettmessig tilvending eller tilbakeholdelse av fellesskapets midler, eller en urettmessig forminskelse av fellesskapets inntekter. Svikkonvensjonen har et begrenset anvendelsesområde ved at den bare rammer handlinger som krenker Unionens finansielle interesser. Til sammenlikning har strl.§ 270 (1) en videre gjerningsbeskrivelse som omfatter enhver forsettlig handling hvor «noen» rettstridig forledes til en handling som enten volder tap, eller fare for tap.

Etter FOA § 20-12 (1) e skal oppdragsgiver avvise leverandører som er rettskraftig dømt for «bedrageri». Ettersom også direktiv 2004/18/EF viser til ovennevnte svikkonvensjon videreføres rettstilstanden på dette punkt. Den generelle ordlyden i bokstav e tilsier at også straffedommer avsagt utenfor EØS utløser av avvisningsplikten. Imidlertid omfatter FOA § 20-12 (1) etter sin ordlyd bedrageri av alle typer midler og ikke bare EU-svik.¹⁷² Det er i så fall en utvidelse av gjerningsbeskrivelsen som neppe kan være tillatt all den tid direktiv 57 (1) uttømmende angir hvilke gjerninger som skal medføre avvisning i opp til fem år fra dommen er endelig.¹⁷³ Dette må ses i sammenheng med at de obligatoriske avvisningsreglene skal beskytte EUs finansielle interesser. Der medlemsstatene vil bekjempe andre typer kriminalitet

¹⁶⁹ Slik er det også etter engelsk og tysk rett, jf. henholdsvis Arrowsmith (2008) s. 118-119 og Preiss (2009) s. 57

¹⁷⁰ Convention on the protection of the European Communities' financial interests

¹⁷¹ Forklarende rapport vedrørende konvensjonen om beskyttelse af de europeiske fællesskabers finansielle interesser (97/C 191/01) s. 4.

¹⁷² Slik også NOU 2014:4 s. 212

¹⁷³ Kapittel 2.1

gjennom avvisningsreglene er de henvist til den fakultative avvisningsregelen, og i så fall kan avvisning bare skje i tre år fra handlingen ble begått.¹⁷⁴

Blant formuesforbrytelsene som skal medføre avvisning finner vi også *hvitvasking av formuesgoder*, jf. artikkel 57 (1) e. Direktiv 2005/60/EF artikkel 1 definerer hvitvasking på fire måter. For det første (a) konvertering eller overføring av formuesgoder som gjerningspersonen vet stammer fra en kriminell handling, med det formål å skjule formuesgodets ulovlige opprinnelse. For det andre (b) omfattes enhver annen fortieelse eller tilsløring av formuesgodets art, opprinnelse, lokalisering, disposisjon eller bevegelser når gjerningspersonen vet at disse stammer fra en kriminell handling. For det tredje (c) omfattes erverv, besittelse eller anvendelse av formuesgoder som gjerningsmannen vet stammer fra en kriminell handling. For det fjerde (d) omfattes medvirkning til slike handlinger eller forsøk på slike handlinger. Det er videre uten betydning om handlingen ble gjennomført på en annen medlemsstats eller et tredjelands område, jf. artikkel 1 (3).

Direktiv 2005/60/EF er inntatt i EØS-avtalens vedlegg IX (Finansielle tjenester).¹⁷⁵ Direktivet er i norsk rett gjennomført ved lov 6.mars 2009 nr. 11 om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv, som primært skal forebygge slike forbrytelser ved at ulike institusjoner pålegges å kontrollere nærmere angitte transaksjoner, og hvor manglende overholdelse kan medføre straff.¹⁷⁶ Straffehjemmelen for hvitvasking følger derimot av strl.§ 317, hvis gjerningsbeskrivelse hovedsakelig sammenfaller med den angitt i direktiv 2005/60/EF.¹⁷⁷

Forskrift om offentlige anskaffelser § 20-12 (1) bokstav e viser til at oppdragsgiver skal avvise leverandører som er dømt for «hvitvasking av penger». I likhet med de øvrige alternativene må dette forstås i samsvar med direktiv 2004/18/EF som viste til direktiv 91/308/EØF. Gjerningsbeskrivelsen av hvitvasking i dette direktivet sammenfaller med direktiv 2005/60/EF. Så lenge leverandøren er dømt for en gjerningsbeskrivelse som tilsvarer direktiv 91/308/EØS utløses avvisningsplikten, uansett om dommen er avsagt innenfor eller utenfor EØS.

¹⁷⁴ Kapittel 2.1.3

¹⁷⁵ Artikkel 2 i EØS-komiteens beslutning nr. 87/2006 av 7. juli 2006.

¹⁷⁶ Jf. § 28

¹⁷⁷ NOU 2007:10 s. 14 flg., Ot.prp. nr. 3 (2008-2009) s. 21 flg.

3.1.3 Andre forbrytelser

Artikkel 57 (1) oppstiller avvisningsplikt for tre typer alvorlige forbrytelser som er til fare for EØS-borgernes sikkerhet: *terror, menneskehandel og organisert kriminalitet*.

Etter artikkel 57 (1) bokstav d skal oppdragsgiver avvise leverandører som er rettskraftig dømt for handlinger tilknyttet *terror* slik dette er definert i artikkel 1, 3 og 4 i Rådets rammeavgjørelse 2002/475/JHA. Artikkel 1 definerer terrorhandlinger gjennom en opplisting av en rekke handlinger som kan påføre land eller organisasjoner alvorlig skade, og som har til formål å skremme befolkningen, virke destabiliserende eller urettmessig tvinge myndighetene til å foreta eller unnlate en handling. Artikkel 3 pålegger medlemsstatene å straffe gjerningspersoner som begår nærmere angitte forberedende handlinger i den hensikt å begå terror som nevnt i artikkel 1. Også medvirkning og forsøk skal straffes.¹⁷⁸ I tillegg følger det av artikkel 57 (1) e at oppdragsgiver skal avvise leverandører som er rettskraftig dømt for terrorfinansiering slik definert i direktiv 2005/60/EF.

Rammeavgjørelsen er ikke folkerettslig bindende for Norge, men «Departementet anser at det likevel er et mål for Norge å være på linje med EU når det gjelder terrorbekjempelse».¹⁷⁹ Terrorhandlinger og handlinger tilknyttet terror er etter strl.§ 147 a til d straffbart, hvor også forsøk og medvirkning omfattes. Imidlertid følger det foreløpig ikke av FOA § 20-12 (1) e at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som er dømt for slike forbrytelser, og avvisningsplikten vil derfor utvides ved gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU.

Etter artikkel 57 (1) bokstav f skal oppdragsgiver avvise leverandører som er rettskraftig dømt for *barnearbeid og andre former for menneskehandel*. Disse forbrytelsene er definert i artikkel 2 i direktiv 2011/36/EU, hvorefter medlemsstatene skal straffeforfølge gjerningspersoner som ved blant annet ved trusler, tvang, bortførelse, svik eller misbruk av makt utnytter en person. Med utnyttelse menes prostitusjon og andre former for seksuell utnyttelse, tvangsarbeid eller tvangstjenester slik som tigging, og slaverilignede forhold. Dersom det er tale om mennesker under 18 år (barn) er det ikke nødvendig at gjerningspersonen benytter tvang eller andre midler nevnt i artikkel 2.

¹⁷⁸ jf. artikkel 4

¹⁷⁹ Prop.131 L (2012-2013) s. 36

Direktiv 2011/36/EU er ikke inntatt i EØS-avtalen, og er heller ikke forpliktende for Norge. I norsk rett er menneskehandel gjort forbudt ved strl.§ 224 som hovedsakelig sammenfaller med gjerningsbeskrivelsen angitt i direktiv 2011/36/EU. I forarbeidene er det fremhevet at straffebestemmelsen vedtas som ledd i den internasjonale kampen mot alvorlig kriminalitet, og hvor det fremheves at Norge ønsker et særlig sterkt samarbeid med både EU, FN og Europarådet.¹⁸⁰ Imidlertid følger det foreløpig ikke av FOA § 20-12 (1) e at oppdragsgiver skal avvise leverandører som er rettskraftig dømt for menneskehandel, og forskriften vil derfor måtte endres ved gjennomføring av direktiv 2014/24/EU.

Til slutt skal det nevnes at artikkel 57 (1) bokstav a foreskriver at oppdragsgiver skal avvise leverandører som er rettskraftig dømt for deltakelse i *organisert kriminalitet* slik definert i artikkel 2 i rammebeslutning 2008/841/JHA. Dette er forbrytelser som står særlig sentralt i EUs arbeid mot alvorlig kriminalitet som sådan. De øvrige forbrytelsene opplistet i artikkel 57 (1) har nær sammenheng med organisert kriminalitet da kriminelle grupper står bak en stor del av så vel økonomisk kriminalitet som menneskehandel og andre alvorlige forbrytelser. I artikkel 2 i rammebeslutningen følger det at medlemsstatene skal straffeforfølge personer som forsettlig deltar i virksomheten til en strukturert sammenslutning av personer, som har til formål å begå en straffbar handling som kan straffes med frihetsstraff i minst 4 år, for direkte oppnå en økonomisk eller annen materiell fordel, jf. artikkel 1. Det er imidlertid ikke et krav om at vedkommende selv har utført kriminelle handlinger så lenge denne medvirker til gruppens virksomhet ved å tilveiebringe opplysninger, rekruttere medlemmer eller yter noen form for finansiering vel vitende om at denne deltakelsen bidrar til utførelsen av gruppens kriminelle aktiviteter.

I norsk strafferett er ikke organisert kriminalitet som sådan en selvstendig forbrytelse men en utmålingsregel. Etter strl.§ 60 a forhøyes maksimumsstraffen til det dobbelte dersom en kriminell handling er begått som ledd i aktivitetene til en kriminell gruppe. Potensielt kan enhver forbrytelse inngå i aktivitetene til en kriminell gruppe, og oppdragsgiver har derfor avvisningsplikt hvis en leverandør eksempelvis er dømt for narkotikaforbrytelser som ledd i

¹⁸⁰ Ot.prp.nr. 62 (2002-2003) s. 7

organisert kriminalitet. Straffelovens beskrivelse av kriminell gruppe samsvarer hovedsakelig med rammebeslutningen.¹⁸¹

Etter FOA § 20-12 (1) e skal oppdragsgiver avvise leverandører som er rettskraftig dømt for «deltakelse i en kriminell organisasjon». Vilkåret må forstås i samsvar med direktiv 2004/18/EF som henviste til Rådets felles aksjon 98/773/RIA. Definisjonen av kriminell organisasjon etter denne sammenfaller med definisjonen angitt i rammebeslutning 2008/841/JHA. Også etter dette alternativet vil avvisningsplikten utløses når leverandøren er rettskraftig dømt utenfor EØS.

3.1.4 Krav til bevis og plikt til undersøkelse

I dette avsnittet skal vi først behandle begrepet «endelig dom», før vi i underavsnitt 3.1.4.2 skal behandle spørsmål om plikt til undersøkelse og dokumentering.

3.1.4.1 Endelig dom

Det følger av artikkel 57 (1) at avvisningsplikten først inntreffer når en leverandør «ved en endelig dom er dømt for» en opplistet forbrytelse.¹⁸² I juridisk litteratur har det vært noe omstridt hva som ligger i dette kravet,¹⁸³ men den alminnelige oppfatningen er at avvisningsplikten inntreffer når dommen ikke lenger kan påankes.¹⁸⁴ Dette er også lagt til grunn i norsk rett hvor avvisningsplikten først inntreffer når leverandøren er «rettskraftig dømt».¹⁸⁵ Tidspunktet dommen blir rettskraftig beror på nasjonal rett.¹⁸⁶

Selv om obligatorisk avvisning krever rettskraftig dom er det ikke slik at avvisning er en rettskraftsvirkning. I stedet er det tale om en bevisvirkning av en straffedom. Det kan fremheves to fordeler med et krav til rettskraftig dom. For det første gis leverandører prosessuelle garantier ved at dommen må være endelig og avsagt av en uavhengig instans i

¹⁸¹ Jf. NOU 2009:15 s. 79

¹⁸² I den engelske oversettelsen heter det «conviction by final judgment»

¹⁸³ Trepte (2007) s. 345, Williams-Elegbe (2012) s. 84

¹⁸⁴ Preiss (2014) s. 114, Williams (2012) s. 249-254, Piselli (2000) s. 271,

¹⁸⁵ FOA § 20-12 (1) e

¹⁸⁶ Sml. C-398/12 premiss 36

samsvar med krav nedfelt i EMK.¹⁸⁷ For det andre begrenses byrden på oppdragsgiver som dermed ikke må foreta egen etterforskning.¹⁸⁸

I norsk rett har det vært diskutert om vedtakelse av forelegg kan sidestilles med rettskraftig dom.¹⁸⁹ Innen rammene av denne avhandlingen er det ikke plass til en omfattende redegjørelse av dette spørsmålet, og vi skal derfor nøye oss med noen hovedpunkter. Utgangspunktet er at avvisningsplikten etter direktivet ikke inntreffer ved vedtakelse av forelegg. Det er heller ikke gitt at direktivet tillater medlemsstatene å erstatte kravet til rettskraftig dom med andre straffeprosessuelle rettsmidler.¹⁹⁰ Imidlertid taler gode grunner for at det er tillatt å sidestille vedtakelse av forelegg med rettskraftig dom.

For det første vil ikke vedtakelse av forelegg som grunnlag for avvisningsplikt innebære en utvidelse av gjerningsbeskrivelsene omfattet av artikkel 57 (1). Det er derfor ikke tale om å innføre en ny avvisningsgrunn, men heller at det tilføres et vilkår som gjennomfører og effektiviserer avvisningsregelen.¹⁹¹ For det andre kan det anføres at rettsikkerhetsgarantiene som ligger til grunn for kravet til rettskraftig dom er oppfylt så lenge vedtakelsen er «endelig».¹⁹² Det er heller ikke slik at tiltalte fratas sine rettigheter ved tilbud om vedtakelse av forelegg. I stedet gir tiltalte ved eget samtykke avkall på de prosessuelle garantiene som følger ved domstolsbehandling, noe som også er forenlig med EMK.¹⁹³ For det tredje har EU-domstolen ved behandlingen av de fakultative avvisningsreglene vist at medlemsstatene kan tilpasse avvisningsreglene etter rettslige overveielser på nasjonalt plan,¹⁹⁴ og dette bør gjelde tilsvarende ved implementering av artikkel 57 (1). Imidlertid forblir dette usikkert inntil Domstolen har sagt sitt.

¹⁸⁷ Piselli, 2000 s. 271. Om kravet til «dom» se Aal (2011) s. 391

¹⁸⁸ Se også Williams-Elegbe (2012) s. 84

¹⁸⁹ Myhre (2008) s. 226, Trygstad (2008) s. 380, Dragsten (2013) s. 527, Høivik (2011) s. 362, NOU 2014:4 s. 243

¹⁹⁰ Sml. Preiss (2009) s. 57 flg., Piselli (2000) s. 271

¹⁹¹ Sml. C-74/09 *WISAG* premiss 44

¹⁹² Sml. strpl. § 258 (2)

¹⁹³ Dette er også er anerkjent som forenlig med EMK art. 6, jf. *Deweert v. Belgia*

¹⁹⁴ Kapittel 2.1

Forutsatt at EU-retten tillater medlemsstatene å sidestille vedtakelse av forelegg med rettskraftig dom, blir spørsmålet hva som er rettstilstanden i norsk rett. Trygstad har på sin side vist til at strpl. § 258 (2) er generelt utformet, og derfor også omfatter avvisning etter FOA § 20-12 (1) e.¹⁹⁵ Dette kan neppe være riktig. Hvorvidt et vedtatt forelegg skal ha bevisvirkning må bero på en tolkning av den sivilrettslige regelen som kommer til anvendelse, i vårt tilfelle FOA § 20-12 (1) e, og ikke strpl. § 258 (2) som gjelder foreleggets tvangs- og rettskraft. Hvorvidt FOA § 20-12 (1) e skal tolkes utvidende beror på en avveining av reelle hensyn som gjør seg gjeldende.

På den ene siden kan det, som Myhre anfører, blir kommersielt umulig for foretak å vedta forelegg dersom de vet at dette medfører obligatorisk avvisning.¹⁹⁶ På den annen side kan leverandører vil bli pålagt et urimelig press til å vedta forelegget dersom dette *ikke sidestilles* med rettskraftig dom. Et forelegg vil som regel utgjøre en langt mindre sum enn det potensielle omsetningstapet leverandøren påføres som en følge av avvisning. Leverandører kan dermed se seg nødt til å vedta forelegget av frykt for å bli domfelt. Dette er en uheldig effekt av ikke å sidestille rettskraftig dom med vedtakelse av forelegg, noe som derfor taler for en utvidet tolkning. Også formålet med FOA § 20-12 (1) e tilsier at forelegg sidestilles med rettskraftig dom da dette styrker insentiver til å gjennomføre selvrensing.¹⁹⁷ Hva som er rettstilstanden i norsk rett forblir usikkert. Det kan imidlertid hevdes at gjennomsiktighetsprinsippet, slik lagt til grunn i *La Cascina*, krever at det må fremgå klart av lovgivningen eller kunngjøringen hvis vedtakelse av forelegg skal utløse en avvisningsplikt.¹⁹⁸ Dette understreker betydningen av at lovgiver ved gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU avklarer rettstilstanden.¹⁹⁹

¹⁹⁵ Jf. Trygstad (2008) s. 382-383

¹⁹⁶ Myhre (2008) s. 228-299

¹⁹⁷ Kapittel 3.4

¹⁹⁸ Dette gjelder kanskje særlig ettersom Kofa har lagt til grunn at oppdragsgiver ikke behøver angi avvisningsgrunnene i kunngjøringen eller konkurransegrunnlaget, jf. sak 2006/153 premiss 105, sak 2009/28 premiss 19

¹⁹⁹ Se også NOU 2014:4 s. 243-244 som tar til orde for at vedtakelse av forelegg ikke bør sidestilles med rettskraftig dom.

3.1.4.2 Krav til undersøkelse og dokumentering

Vi går deretter over til spørsmålet om oppdragsgiver har plikt til å undersøke om anbydere er rettskraftig dømt. En grunnleggende forutsetning for at oppdragsgiver skal kunne avvise er at han har kunnskap om at leverandøren er rettskraftig dømt. Det følger av artikkel 57 (1) at oppdragsgiver for det første har avvisningsplikt dersom han i forbindelse med dokumenteringen av leverandørens faglige kvalifikasjoner, blir kjent med at leverandøren er rettskraftig dømt. For det andre utløses avvisningsplikten om om han på annen måte «er bekendt» med forholdet.

Ved innhenting av dokumentasjon fra anbyderne kan oppdragsgiver bare etterspørre dokumentasjon nevnt i artikkel 60 og 61.²⁰⁰ I tillegg må han godta et såkalt felleseuropeisk anbudsdokument etter artikkel 59 som foreløpig dokumentasjon på at leverandørene er kvalifisert.²⁰¹ Direktiv 2014/24/EU tilfører imidlertid en nyvinning ved å foreskrive at oppdragsgiver etter artikkel 59 (4) skal etterspørre dokumentasjon som nevnt i artikkel 60 fra vinneren av konkurransen. Dette innebærer at oppdragsgiver skal etterspørre straffeattest eller en erklæring avlagt under ed for et kompetent organ.²⁰² Dette styrker effekten av avvisningsplikten, og virker heller ikke ressurskrevende fordi det utelukkende gjelder overfor vinneren av konkurransen. I norsk rett har ikke oppdragsgivere hjemmel til å etterspørre vandelsattest,²⁰³ og må derfor akseptere en forsikring avgitt overfor notarius publicus.²⁰⁴

Oppdragsgiver har også avvisningsplikt dersom han på annen måte kjenner til at leverandøren er rettskraftig dømt. Direktivets ordlyd gir ikke holdepunkter for at det foreligger en undersøkelsesplikt utover artikkel 59 (4), og tilsvarende er lagt til grunn i norsk rett.²⁰⁵ Imidlertid har Retten vist til at Kommisjonen i henhold til forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002 artikkel 93 har en undersøkelsesplikt hvis innkjøper blir oppmerksom på at en leverandør er rammet av en obligatorisk avvisningsgrunn.²⁰⁶ Det kan for eksempel tenkes at oppdragsgiver gjennom media blir oppmerksom på at leverandøren er dømt for korrupsjon. I

²⁰⁰ Artikkel 60 (1) 2

²⁰¹ Kapittel 2.4.1

²⁰² Artikkel 60 (2)

²⁰³ Politiregisterloven § 36

²⁰⁴ DL. § 141

²⁰⁵ FADs veileder s. 184, rundskriv 8/766 s. 8-9

²⁰⁶ Jf. T-457/10 *Evropaiki Dynamiki* premiss 49

slike tilfeller foreligger ikke faktisk kunnskap om at vedkommende er dømt, men det kan like fullt hevdes at hensynet til regelens effektivitet tilsier at oppdragsgiver må foreta nødvendige undersøkelser for eventuelt å avkrefte dette.²⁰⁷ Ved undersøkelsen kan oppdragsgiver etterspørre dokumentasjon fra andre medlemsstater som plikter å ha tilgjengelig dokumentasjon til rådighet for andre medlemsstater.²⁰⁸

3.1.5 Oppsummering

Sammenfattet har vi sett at artikkel 57 (1) henviser til gjerningsbeskrivelser i andre rettslige instrumenter. Det er først når leverandøren med hjemmel i nasjonal rett er dømt for en forbrytelse som gjenspeiler en gjerningsbeskrivelse i angitte rettsakter, at oppdragsgiver har avvisningsplikt. Direktivet tilfører terrorhandlinger og terrorfinansiering, barnearbeid og menneskehandel som nye obligatoriske avvisningsgrunner, tillegg til at henvisningene til rettsakter har blitt oppdatert. Oppdragsgiver er også pålagt å innhente dokumentasjon fra vinneren av konkurransen som viser at leverandøren ikke er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse, noe som styrker effekten av artikkel 57 (1). Retter vi blikket mot norsk rett har vi sett at FOA § 20-12 (1) e har en generell ordlyd, slik at også leverandører som er dømt av en domstol utenfor EØS skal avvises. Imidlertid kan bedrageri mot andre enn EU neppe medføre avvisning i fem år fra dommen ble rettskraftig.

3.2 Identifikasjon

I dette kapitlet skal vi undersøke om en relevant straffedom avsagt mot en annen person enn leverandøren, kan få samme betydning for leverandørens stilling ved avvisning, som om leverandøren selv var rettskraftig dømt.²⁰⁹ Avvisningsplikten gjelder i utgangspunktet når tilbudsgiveren eller søkeren er rettskraftig dømt for opplistede forbrytelser. Imidlertid tilfører direktiv 2014/24/EU en nyvinning ved å forskrive i artikkel 57 (1) 2 at oppdragsgiver skal avvise hvis: «... en person, der er dømt ved endelig dom, er medlem af den økonomiske

²⁰⁷ Dersom dette oppdages etter tildeling forutsetter direktivet at kontrakten skal inneholde en hjemmel for oppdragsgiver til å fragå kontrakten, jf. artikkel 73.

²⁰⁸ Jf. artikkel 60 (5)

²⁰⁹ Fremstillingen avgrenses mot strafferettslig identifikasjon da vi vet at avvisning i utgangspunktet krever at leverandøren er rettskraftig dømt, jf. strl. § 48 a

aktørs administrations-, ledelses- eller tilsynsorgan eller har beføyelse til at representere eller kontrollere eller til at træffe beslutninger heri».²¹⁰

I det følgende skal vi se nærmere på rekkevidden av denne bestemmelsen. Fremstillingen er todelt, der vi behandler vilkårene for identifikasjon mellom leverandør og fysiske personer i avsnitt 3.2.2, og identifikasjon mellom leverandør og juridiske personer i avsnitt 3.3.3. I avsnitt 3.2.4 behandles norsk rett. Men aller først skal vi undersøke formålet med identifikasjon.

3.2.1 Hva er formålet med identifikasjon?

Overordnet skal regler om identifikasjon gi avvisning *effektivt gjennomslag*, og artikkel 57 (1) 2 forfølger derfor samme formål som beskrevet i kapittel 2.3. Dette fordi det blir vanskeligere å omgå avvisning hvis leverandører identifiseres med andre fysiske og juridiske personer.²¹¹ Empiriske studier fra USA viser for eksempel at ekskluderte personer og selskaper stadig får tildelt offentlige kontrakter gjennom et nettverk av selskaper.²¹² Kriminelle bør ikke kunne organisere seg bort fra avvisning gjennom kompliserte eierstrukturer, og dette kan bare motvirkes ved hjelp av identifikasjonsbestemmelser.

Et ytterligere aspekt ved effektivitetshensynet er at identifikasjon er nødvendig for å sikre avvisningsreglene gjennomslag blant medlemsstater som ikke opererer med foretaksstraff.²¹³ Under prinsippet om *societas delinquere non potest* kan utelukkende fysiske personer holdes ansvarlig for handlinger. Blant disse medlemsstatene er identifikasjon en betingelse for at avvisningsplikten skal få realitet, og bidrar samtidig til økt harmonisering av avvisningsreglene i EU/EØS.²¹⁴

²¹⁰ Jf. artikkel 57 (1) 2

²¹¹ T-457/10 *Evropaiki Dynamiki* premiss 56, jf. Se også Williams (2006) s. 18, Arrowsmith (2005) s. 1310, Williams-Elegbe (2012) s. 168 flg.

²¹² Jacobs og Anechiarico (1992) s. 64 flg.

²¹³ For eksempel Spania og Tyskland

²¹⁴ Jf. Preiss (2014) s. 113-114,

Også hensynet til *tillitt* kan begrunne identifikasjon. Reelt sett forholder oppdragsgiver seg til leverandørens representanter.²¹⁵ Når eksempelvis daglig leder i et selskap er dømt for bedrageri vil dette kunne svekke tillitten til leverandøren, selv om sistnevnte ikke er dømt. Dette fordi daglig leder har betydelig innflytelse på selskapets drift og oppdragsgiver kan dermed ha en velbegrunnet frykt for at daglig begår nye forbrytelser under avviklingen av kontrakten. For allmennhetens tillit har det tilsvarende betydning hvilke personer som leder virksomheten som skal utføre oppdrag på fellesskapets regning.

3.2.2 Fysiske personer

Spørsmålet om juridiske personer kan identifiseres med fysiske personer kjenner vi igjen fra en rekke rettsområder. Tradisjonelt behandles slike spørsmål i to trinn. Det første trinnet i vurderingen er kravet til *personell tilknytning*. Utgangspunktet er at juridiske personer ikke kan identifiseres med hvem som helst, og det må derfor undersøkes nærmere hvilke krav artikkel 57 (1) 2 stiller til rettsforholdet mellom gjerningspersonen og foretaket. Dette skal behandles i underavsnitt 3.2.2.2. Det andre trinnet i vurderingen er å undersøke om den straffbare handlingen har tilknytning til selskapet. Dette er et spørsmål om *funksjonell tilknytning* som behandles i 3.2.2.3. Men først skal vi se nærmere på tidspunktet gjerningspersonen må ha tilknytning til leverandøren.

3.2.2.1 Tidspunkt for tilknytning

Det fremgår av artikkel 57 (1) 2 at leverandører skal avvise hvis personer som enten *er* medlemmer av selskapets organer, eller *har* annen form for myndighet, er rettskraftig dømt for en relevant forbrytelse. Presensformen gir uttrykk for et *aktualitetskrav* der avvisningsplikten kun utløses hvis den straffedømte har angitt myndighet på tidspunktet for konkurransen. Der en tidligere tilknyttet person er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse gir ikke ordlyden holdepunkter for identifikasjon, og hvis leverandøren selv ikke er dømt må identifikasjon eventuelt skje etter den fakultative avvisningsregelen.²¹⁶

²¹⁵ Dette kan minne om såkalte sosialpsykologiske mekanismer som i alminnelighet gjør seg gjeldende ved spørsmål om identifikasjon, der personers faktiske oppfatning av hvem som er ansvarlig tillegges vekt. Se nærmere om dette i Høivik (2011) s. 22 flg. og Askeland (2002) s. 60 flg.

²¹⁶ Kap 4.2

3.2.2.2 Personell tilknytning

Artikkel 57 (1) 2 har både et formelt og et materielt tilknytningsvilkår. Det formelle tilknytningsvilkåret retter seg mot gjerningspersonen formelle stilling i selskapet. Det materielle tilknytningsvilkåret gjelder gjerningspersonens reelle stilling i selskapet. Vi starter med det formelle vilkåret hvoretter det er tilstrekkelig å konstatere hvorvidt gjerningspersonen er medlem av selskapets *administrasjonsorgan*, *ledelsesorgan*, eller *tilsynsorgan*. I det følgende skal vi undersøke hva slags kompetanse medlemmer av disse organene innehar, og i den forbindelse kan det være hensiktsmessig å trekke veksler på selskapsrettslig sekundærlovgivning.

Organene nevnt i artikkel 57 (1) gjenfinnes i annen sekundærlovgivning fra EU. Forordning (EF) nr. 2157/2001 om europeiske aksjeselskaper foreskriver i artikkel 38 at slike selskaper i tillegg til en generalforsamling skal bestå av enten et administrasjonsorgan, eller et tilsynsorgan og et ledelsesorgan, avhengig av om selskapet velger et monistisk eller dualistisk ledelsessystem. Den monistiske modellen, som er basert på engelsk selskapsrett, kjennetegnes ved at ledelsesoppgaver og tilsynsoppgaver er tillagt ett organ, nemlig *administrasjonsorganet*. Etter den dualistiske modellen, basert på tysk selskapsrett, er forvaltningsoppgavene tillagt *ledelsesorganet* mens tilsynsoppgavene er tillagt *tilsynsorganet*.²¹⁷ Det er ledelsesorganet eller administrasjonsorganet som forvalter selskapet og representerer det utad ved å tegne dets firma. Tilsynsorganet kan på sin side ikke forestå ledelsen av selskapet, men skal kontrollere ledelsesorganet og eventuelt godkjenne ledelsens disposisjoner hvis det er fastsatt i vedtektene.²¹⁸ I tillegg kan medlemsstatene bestemme at selskapet også skal ha daglig leder til å forestå den daglige drift. Daglig leder vil i så fall utgjøre enten et administrasjonsorgan eller et ledelsesorgan.²¹⁹

Felles for personer som oppfyller det formelle tilknytningsvilkåret er at de har myndighet til å *representere*, *kontrollere* eller *treffe beslutninger* i selskapet, slik at medlemmer av nevnte organer også er omfattet av det materielle alternativet i artikkel 57 (1) 2. *Representasjonsmyndighet* viser til personer som kan tegne selskapets firma overfor tredjemenn. *Beslutningsmyndighet* skiller seg fra representasjonsmyndighet ved å utgjøre

²¹⁷ Artikkel 39 flg.

²¹⁸ Artikkel 48

²¹⁹ Artikkel 41 og 43

forutsetningen for firmategning, nemlig at det foreligger en beslutning fra et kompetent organ. Imidlertid er det ikke krav om at beslutningsmyndigheten er avgjørende så lenge personen er medlem av beslutningsorganet.

Vilkåret *kontrollere* må fortolkes i lys av «heri» som viser til at representanten må ha kompetanse til å overvåke og instruere selskapet.²²⁰ Kontrollmyndighet som ikke gir direkte innflytelse over selskapets drift, slik som eksterne revisorer o.l., faller derfor utenfor begrepet. Heller ikke selskapsrettslig kontroll omfattes av vilkåret. Dette fordi aksjonærer kun har indirekte kontroll over selskapets drift ved at myndigheten må utøves gjennom generalforsamling. Ettersom aksjonærer ikke har andre plikter enn å betale aksjeinnskuddet er det ikke en gang gitt at disse har innflytelse på selskapets drift overhodet, og det kan derfor ikke oppstilles automatisk identifikasjon.²²¹

Selv om aksjonærer ikke er omfattet av bestemmelsen tilsier formålet med avvisning at oppdragsgiver like fullt har plikt til å avvise hvis han kan påvise omgåelseshensikt. Vi kan for eksempel tenke oss en eneaksjonær uten formell ledelseskompentanse, men hvor realiteten likevel er at han styrer selskapet. På samme måte bør det foreligge avvisningsplikt dersom daglig leder formelt blir nedgradert til alminnelig ansatt for at leverandøren skal unngå avvisning, eller at den straffedømte bruker stråmenn til å representere seg i selskapet.²²²

Hvis vi trekker parallellen til norske foretak finner vi at administrasjons- og ledelsesorganer tilsvarende styre i aksjeselskap og allmennaksjeselskap, som i henhold til asl/aasl § 6-12 til 6-13 skal forvalte selskapet og føre nødvendig tilsyn, samt representere det utad, jf. asl.§ 6-30. I tillegg vil daglig leder være omfattet, jf. asl/aasl. §§ 6-14 flg. Tilsvarende har deltakerne i ansvarlige selskaper kompetanse til å binde selskapet utad, og en straffedom mot en deltaker skal dermed medføre avvisning. Også medlemmer av styret er omfattet dersom selskapet er organisert i samsvar med sel. § 2-13 flg. I nærmere angitte tilfeller kan de ansatte kreve å velge representanter til selskapsmøte, men da disse i utgangspunktet ikke har stemmerett

²²⁰ Sml. Forklarende rapport til anden protokoll til konventionen om beskyttelse af de Europæiske Fællsskabers finansielle interesser.

²²¹ Sak C-538/07 *Assitur* premiss 31 flg.

²²² Sml. Lag om offentlig uppholding 10:1 §, jf. Prop. 2006/01/128 s. 226, Steincike og Groesmeyer (2008) s. 1137, Preiss (2009) s.86

faller de utenfor bestemmelsen ettersom de mangler ledelseskompetanse.²²³ Tilsynsorganer er ikke utbredt blant norske foretak, men vi finner dem i samvirkeforetak i form av kontrollkomiteer dersom dette er fastsatt i vedtektene.²²⁴

Sammenfattet omfatter artikkel 57 (1) 2 personer i selskapets øverste ledelse. Rekkevidden av bestemmelsen minner om *identification doctrine* som vi finner i engelsk rett, eller organansvaret i norsk rett.²²⁵ Selskapets ledelse har både rett og plikt til å forvalte selskapet og betegnes gjerne som «the directing mind of the company».²²⁶ Dette til forskjell fra ansatte som er foretakets hender, og som bare skal identifiseres med foretak i jurisdiksjoner som praktiserer et *prinsipalansvar* (respondeat superior), som for eksempel i amerikansk anskaffelsesrett.²²⁷

3.2.2.3 Er det et krav til funksjonell tilknytning?

Spørsmålet i det følgende er om identifikasjon etter artikkel 57 (1) 2 forutsetter at den straffbare handling har en tilknytning til leverandøren, eller om oppdragsgiver også har avvisningsplikt der styreleder eksempelvis er dømt for korrupsjon som styreleder i en annen bedrift, eller i en privat sak.

Etter ordlyden i artikkel 57 (1) er det ikke et krav at den straffedømte lederen har begått misgjerningen på vegne av leverandøren. Til sammenlikning inneholder bestemmelsene om foretakssansvar i rettsaktene artikkel 57 (1) referer til, et vilkår om at handlingen er: «...committed for their benefit by any person...who has a leading position within the legal person». Fravær av et slikt krav foranlediger to tolkningsalternativer.

På den ene siden kan det anføres at det er opp til medlemsstatene etter overveielser på nasjonalt plan å avgjøre hvorvidt det skal gjelde et krav til funksjonell tilknytning.²²⁸ Det kan tenkes at bestemmelsens primære formål er å gi avvisningsreglene effekt i land som ikke

²²³ Sel. 2-9, jf. 2-12

²²⁴ Samvirkeloven § 63

²²⁵ Se Lødrup (2009) s. 202 flg.

²²⁶ Se Sundby (2003) s. 436, Dine og Koutsias (2007) s. 149

²²⁷ FAR 9.406-5

²²⁸ Se kapittel 2.2

anerkjenner foretaksstraff. Imidlertid vil artikkel 57 (1) også kunne få betydning blant land som anerkjenner foretaksstraff ved å avhjelpe manglende straffeforfølgning. Det er nemlig slik at foretak sjeldent blir dømt selv blant land som anerkjenner foretaksstraff, da det som regel heller inngås forlik med påtalemyndighetene, eventuelt at det utferdiges forelegg slik som i Norge.²²⁹

På den andre siden kan det hevdes at medlemsstatene er forpliktet til å avvise leverandører så lenge det sitter en person i ledelsen som er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse.²³⁰ En slik tolkning legger større vekt på hensynet til kriminalitetsbekjempelse, og legger til grunn at bestemmelsens primære formål er å avskjære fysiske gjerningspersoner fra å lede foretak engasjert i offentlige anskaffelser. Som vi har sett i kapittel 2.2 skal avvisningsreglene forebygge kriminalitet ved å hindre at straffedømte leverandører på nytt gjør seg skyldig i alvorlige forbrytelser i forbindelse med offentlige kontrakter. Dette hensynet gjør seg gjeldende med samme styrke når et ikke-dømt foretak ledes av en straffedømt person. Juridiske personer er ikke annet enn rettslige konstruksjoner som aldri blir mer pålitelige enn personene som treffer beslutninger på deres vegne. Tar vi utgangspunkt i presumsjonen om gjentakelsesfare som ligger til grunn for et resonnement om forebygging, har det således liten betydning om den straffbare handlingen er begått på vegne av leverandøren eller ikke, så lenge gjerningspersonen kan kontrollere selskapet.

Videre vil et krav til funksjonell tilknytning gjøre regelen enkel å omgå. Som påpekt i kapittel 3.2.1 viser empirien at straffedømte og ekskluderte personer stadig får tildelt kontrakter ved å opptre gjennom andre foretak. Dette er grunnen til at vi i internasjonal sammenheng finner identifikasjonsregler hvor oppdragsgiver nettopp er forpliktet å avvise så lenge en assosiert person har gjort seg skyldig i en relevant misgjerning, uavhengig av om handlingen er begått på vegne av leverandøren.²³¹ I lys av formålet med artikkel 57 (1) er det nærliggende å forstå bestemmelsen slik at medlemsstatene er forpliktet til å avvise leverandører så lenge det sitter en person i ledelsen som er rettskraftig dømt for en relevant forbrytelse.

²²⁹ Se også Williams-Elegbe (2012) s. 171

²³⁰ Med mindre dommen er eldre enn fem år, jf. artikkel 57 (7), se kapittel 2.2 og 4.4

²³¹ World Bank Sanction Procedures (2011) Section 9.04 jf. Section 1.02 a., United States Federal Acquisition Regulation 9.406-1 (b), jf. 9.403, Reidlinger, Denk og Steinbach (2009) s. 37.

Inntil EU-domstolen har sagt sitt forblir tolkningen usikker, men etter mitt skjønn er det nærliggende å tolke bestemmelsen dit hen at medlemsstatene har plikt til å avvise uavhengig av om det foreligger funksjonell tilknytning. Imidlertid forutsetter dette at tolkningen er forenlig med proporsjonalitetsprinsippet, noe som bringer oss over i neste underavsnitt.

3.2.2.4 Er tolkningen forenlig med proporsjonalitetsprinsippet?

Hvorvidt tolkningen av artikkel 57 (1) 2 lagt til grunn ovenfor er forenlig med proporsjonalitetsprinsippet beror på om regelen er egnet og nødvendig til å forfølge formålet om tillit og kriminalitetsbekjempelse.²³² Imidlertid viser rettspraksis at EU-domstolen i utgangspunktet innrømmer EU-lovgiver et vidt skjønn når det er tale om «valg af politisk, økonomisk og social karakter».²³³ Med mindre det er tale om å gjøre inngrep grunnleggende menneskerettigheter begrenser Domstolen seg som regel til å prøve om en rettsakt er åpenbar uhensiktsmessig eller et resultat av misbruk av myndighet.²³⁴

Vi kan først konstatere at artikkel 57 (1) 2 er egnet til å nå formålet om tillit og kriminalitetsbekjempelse. Som vi så ovenfor er det et krav at personen leder foretaket på tidspunktet for konkurransen. Ledelsespersoner har i kraft av sin stilling alltid innflytelse på selskapets drift og handlemåte, både under konkurransen og avviklingen av kontrakten. Ved å avvise selskaper som ledes av straffedømte personer er bestemmelsen således egnet til å motvirke at straffedømte personer bruker leverandørselskap som middel til å begå kriminelle mål i forbindelse med offentlige anskaffelser.

Riktignok kan det stilles spørsmålstegn ved om ett styremedlem nødvendigvis har reell innflytelse når styret er et kollegialt organ som treffer beslutninger etter alminnelige flertallskrav.²³⁵ Dette kan ikke være avgjørende for egnethetsvurderingen. Selv om en ledelsesrepresentant ikke nødvendigvis har avgjørende innflytelse, har han faktisk kompetanse til å lede selskapet og kan påvirke selskapets handlemåte i markedet.²³⁶

²³² Jf. TEU artikkel 5 (3), se kapittel 2.2, 3.2.1 og 2.3

²³³ Jf. C-491/01 *Imperial Tobacco* premiss 123

²³⁴ Jf. Craig og De Búrca (2011) s. 527 med videre henvisninger

²³⁵ Eks. asl. § 6-25

²³⁶ Sml. Prop. 2006/07: 128 s. 226

Utgangspunktet må være at det er medlemmets kompetanse til å lede selskapet som sådan som er avgjørende, og ikke hvordan dette stiller seg ved den enkelte beslutning som fattes av organet.²³⁷

Spørsmålet blir deretter om tolkningen lagt til grunn i artikkel 57 (1) 2 er åpenbart uhensiktsmessig med hensyn til å nå målene om kriminalitetsbekjempelse og tillit. Selv om vi skulle anvende en strengere prøvelsesnorm, nemlig hvorvidt målet kan oppnås med mindre inngripende midler, finner vi at et krav om funksjonell tilknytning ikke er like effektivt. Dette fordi fysiske gjerningspersoner i så fall kan omgå avvisningsreglene ved å opptre gjennom et annet selskap. Selv om det ikke skulle foreligge omgåelseshensikt vil en regel som oppstilte krav til funksjonell tilknytning ikke være effektiv til å avskjære straffedømte personer fra å lede foretak. Mens leverandøren som eventuelt var involvert i forbrytelsen vil se seg nødt til å avsette den straffedømte lederen for å unngå avvisning, kan andre selskap stadig engasjere den samme personen i selskapets ledelse.

Det er dessuten mulig å utlede fra *Assitur-dommen* at det er proporsjonalt å oppstille automatisk identifikasjon mellom leverandører og straffedømte ledere. Som vi så i avsnitt 2.3.1 forbød den italienske bestemmelsen selskaper fra samme virksomhetssammenslutning å inngi konkurrerende bud. Domstolen fant at bestemmelsen gikk lenger enn nødvendig fordi det ikke var mulig å «...etterprøve, om et sådant kontrollforhold har haft konkret indvirkning på virksomhedernes respektive handlemåde under udbudsproceduren.» Dette må ses i sammenheng med at selskaper i samme virksomhetssammenslutning ikke nødvendigvis har direkte kontroll over hverandre. Ledelsespersoner utgjør derimot «the directing mind of the company» og har i kraft av sin stilling alltid direkte kontroll over selskapet de bestyrer.²³⁸ Dermed besitter de en kompetanse som gir dem innflytelse både under konkurransen og avviklingen av kontrakten.²³⁹

Sammenfattet kan det ikke være åpenbart uhensiktsmessig å identifisere leverandører med ledere som er rettskraftig dømt for en forbrytelse som ikke har funksjonell tilknytning til leverandøren. Forutsatt at det er opp til medlemsstatene å bestemme om det skal gjelde et slikt

²³⁷ Sml. generaladvokatens forslag til dom i C-26/03 *Stadt Helle* premiss 76, Falkanger (1998) s. 454

²³⁸ Se underavsnitt 3.2.2.2

²³⁹ Slik også Steinicke og Groesmyer (2008) s. 1132 og 1137

krav, vil en tolkning som lagt til grunn ovenfor heller ikke gå lenger enn nødvendig. Det er derfor proporsjonalt å oppstille identifikasjon mellom leverandører og straffedømte ledere, uavhengig av om handlingen har en tilknytning til selskapet eller ikke.²⁴⁰

3.2.3 Juridiske personer

I dette avsnittet skal vi undersøke hvorvidt det etter artikkel 57 (1) er plikt til å identifisere leverandører med juridiske personer. Problemstillingen må imidlertid presiseres. Av direktivets artikkel 2 følger det at en «økonomisk aktør» blant annet kan bestå av flere juridiske personer som har inngått en midlertidig sammenslutning, for eksempel to entreprenørselskaper som går sammen om å vinne en bestemt anbudskonkurranse. I slike tilfeller kan det ikke kreves at sammenslutningen som sådan er rettskraftig dømt. I stedet må det være tilstrekkelig at ett av rettssubjektene som inngår i den økonomiske aktør oppfyller vilkårene for avvisning.²⁴¹ I motsatt fall ville straffedømte selskaper i strid med avvisningsreglenes formål kunne delta i anbudskonkurranser ved å inngi tilbud sammen med et annet selskap. I det følgende skal vi derfor ta utgangspunkt i det enkelte rettssubjekt som inngår i, eller utgjør, den økonomiske aktør.

Utgangspunktet er at artikkel 57 (1) 2 ikke omfatter andre juridiske personer enn leverandøren. En naturlig tolkning av «person», sammenholdt med de øvrige personelle kriteriene, tilsier at bestemmelsen bare omfatter personer som inngår i den juridiske personen.²⁴² Dette er først og fremst fysiske personer. Likevel må det være klart at medlemsstater som tillater juridiske personer som styremedlemmer i selskaper må foreskrive avvisning der et straffedømt firma har lederverv i bedriften som inngir tilbud eller melder sin interesse.²⁴³

Utover dette er utgangspunktet at EU-lovgiver har etterlatt medlemsstatene et skjønn til å bestemme reglene for identifikasjon mellom leverandører og juridiske personer. Dette skal vi komme tilbake til i avsnitt 3.2.4 som behandler norsk rett. Først skal vi undersøke om det til

²⁴⁰ Slik også Preiss (2009) s. 59, Steinicke og Groesmyer (2008) s. 1137, muligens motsatt Williams-Elegbe (2012) s. 174 uten at dette begrunnes nærmere

²⁴¹ T-457/10 *Evropaiki Dynamiki* premiss 51, Arrowsmith (2005) s. 751

²⁴² Se underavsnitt 3.3.3.2

²⁴³ Forordning (EC) 2157/2001 art. 47 (1), Companies Act 2006 (UK) art. 155.

tross for nevnte utgangspunkt kan oppstå plikt til å identifisere leverandører med andre straffedømte juridiske personer. Vi skal begrense drøftelsen til identifikasjon i konsernforhold, før identifikasjon med underleverandører behandles i underavsnitt 3.2.3.2.

3.2.3.1 Identifikasjon i konsernforhold

Utgangspunktet er at virksomheter i samme konsern utgjør selvstendige juridiske og økonomiske enheter.²⁴⁴ Morselskap har ingen alminnelig adgang til å gi datterselskap direkte pålegg eller treffe vedtak som umiddelbart blir bindende for hele konsernet, og utøver i så måte kun indirekte kontroll.²⁴⁵ Dette er også grunnen til at det ikke kan oppstilles automatisk identifikasjon mellom selskaper i samme konsern.²⁴⁶ Likevel kan det tenkes at Domstolen vil komme til å oppstille avvisningsplikt hvis oppdragsgiver kjenner til at leverandørens deltakelse i konkurransen innebærer *misbruk av rettigheter*.

Støtte for et slikt syn kan utledes av Rettens dom *Evropaïki Dynamiki* som gjaldt forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002.²⁴⁷ I saken påstod saksøker at Kommisjonen som innkjøper var forpliktet til å avvise anbudsvinneren ettersom morselskapet til ett av selskapene som inngikk i sammenslutningen hadde vært involvert i korrupsjon. Saksøker viste til daværende artikkel 93 (2) bokstav a i nevnte forordning, hvor det fremgikk at juridiske personer hadde opplysningsplikt når oppdragsgiver etterspurte informasjon om "ownership, control and power of representation of the legal entity".²⁴⁸ Retten imøtegikk saksøkers påstand og fant at bestemmelsen ikke innebar at datterselskap ubetinget skulle avvises fordi morselskapet oppfylte vilkårene for avvisning.²⁴⁹ Formålet var i stedet at Kommisjonen skulle ha mulighet til å be anbyderen om opplysninger for å etterprøve at leverandørens deltakelse i konkurransen ikke innebar misbruk av rettigheter. Et slikt misbruk ville blant annet foreligge dersom «...a legal person that was formed with the sole aim of circumventing one of the grounds of exclusion set out in Article 93 (1)» fikk delta i konkurransen.²⁵⁰

²⁴⁴ For definisjon av konsern se niende selskapsdirektiv (som riktignok var dødfødt) artikkel 2, asl/aasl § 1.3

²⁴⁵ Jf. Andenæs (2006) s. 43

²⁴⁶ Jf. C-538/07 *Assitur* premiss 31

²⁴⁷ T-457/10 *Evropaïki Dynamiki*

²⁴⁸ Sml. direktiv 2004/18/EF artikkel 45

²⁴⁹ Se premiss 46

²⁵⁰ T-457/10 *Evropaïki Dynamiki* premiss 48

Selv om artikkel 93 i forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002 er av en annen karakter enn artikkel 57 (1) 2, tilsier formålet med avvisning at oppdragsgiver etter anskaffelsesdirektivet har plikt til å avvise hvis han kjenner til at leverandørens morselskap er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse, og deltakelsen i konkurransen innebærer misbruk av rettigheter.²⁵¹ Imidlertid er dette et vurderingstema som kan vise seg vanskelig å bevise. I tilknytning til direktiv 2004/18/EF har det i juridisk litteratur blitt anført at EU-domstolen vil kunne pålegge medlemsstatene å gjennomskjære selskapsformen når et selskap i samme konsern er rettskraftig dømt for en relevant forbrytelse. I det følgende skal vi se nærmere på tre anførte grunnlag.

For det *første* har Williams vist til at EU-domstolen kan komme til å trekke veksler på konkurranserettens lære om Single Economic Entity.²⁵² EU-domstolen har utviklet denne læren gjennom tolkning av begrepet «undertakings» i TEUV art. 101, hvoretter et datterselskap og et morselskap presumtvt betraktes som samme enhet når sistnevnte eier 100 % av aksjene i førstnevnte.²⁵³ Direktiv 2014/24/EU benytter imidlertid ikke begrepet «undertakings», men knytter isteden avvisningsgrunnene til den aktuelle «economic operator/økonomisk aktør». Dette begrepet skiller seg betydelig fra foretaksbegrepet i TEUV, særlig ettersom «economic operator» også omfatter selvstendige rettssubjekter som inngår en midlertidig sammenslutning med sikte på den aktuelle konkurransen.²⁵⁴ I konkurransesaker har EU-domstolen uttrykkelig lagt vekt på at lovgiver har valgt å benytte begrepet «undertakings» og «not other concepts such as the concept of a company or firm or of a legal person».²⁵⁵ På bakgrunn av dette er min oppfatning at EU-domstolen neppe vil danne analogislutninger fra konkurranserettens lære om Single Economic Entity ved avvisning fra offentlige anskaffelser.

For det *andre* har både Williams og Arrowsmith vist til at EU-domstolen potensielt kan trekke veksler på kontrollvilkåret i den såkalte in-house-regelen.²⁵⁶ Dette er en regel utviklet av EU-

²⁵¹ Williams (2006) s. 22 som anfører det samme i tilknytning artikkel 45 i direktiv 2004/18/EF

²⁵² Williams (2009) s. 493, Williams (2006) s. 720-725 med henvisning til forente saker T-71/03, T-74/03, T-87/03 og T-91/03 *Tokai Carbon v. Comission*

²⁵³ Sak C-179/12 premiss 56, se også Jones og Sufrin (2011) s. 134 flg.

²⁵⁴ Artikkel 2 (10) og fortalens punkt 14 og 15

²⁵⁵ Forente saker C-231/11 P og C-233/11 P *Siemens Transmission* premiss 42

²⁵⁶ Williams (2006) s. 19 flg. Arrowsmith (2008) s. 120-121

domstolen²⁵⁷ og som nå er kodifisert i artikkel 12 i direktiv 2014/24/EU. Av bestemmelsen fremgår det at direktivet ikke kommer til anvendelse hvis en kontrakt tildeles en leverandør som utgjør et selvstendig rettssubjekt, og de kumulative vilkårene i artikkel 12 er oppfylt. Det relevante vilkåret i vår sammenheng er kontrollvilkåret i bokstav a, som forutsetter at oppdragsgivers kontroll over leverandøren tilsvarende kontrollen han har over egne tjenestegrener. Begrepet «kontroll» er utpenslet i andre ledd hvor det fremgår at vilkåret er oppfylt hvis oppdragsgiver utøver en bestemmende innflytelse både på strategiske mål og vesentlige beslutninger i den kontrollerte enhet.²⁵⁸ Dette innebærer at det ikke er fullstendig sammenfall mellom kontrollbegrepet i artikkel 12 og kontroll i selskapsrettslig forstand.²⁵⁹ Det avgjørende er heller hvorvidt oppdragsgiver utøver faktisk kontroll med leverandøren, og ikke alene hvor mange stemmer han har i generalforsamlingen.²⁶⁰

Hvorvidt det er grunn til å trekke veksler på artikkel 12 ved identifikasjon etter artikkel 57 (1) beror i utgangspunktet på om regelen ivaretar tilsvarende hensyn som avvisning. Det virker uten videre klart at artikkel 12 forfølger andre formål enn artikkel 57 (1). Overordnet er regelen om utvidet egenregi begrunnet i at oppdragsgiver ikke kan inngå kontrakt med seg selv, i tillegg til at anskaffelsesregelverket ikke skal være til hindre for en rasjonell organisering av offentlig sektor.²⁶¹ Kontrollvilkåret i artikkel 12 må forstås i lys av dette, og skal sikre at det er en tilstrekkelig tilknytning mellom oppdragsgiver og leverandøren til at anskaffelsen kan sies å være egenregi.²⁶² Således fremstår formålet med henholdsvis utvidet egenregi og avvisning som for ulike til at det er nærliggende at Domstolen vil anvende kontrollvilkåret i artikkel 12 analogisk ved avvisning.

Likevel kan artikkel 12 (1) a tjene som en forutberegnelig og egnet retningslinje ved spørsmål om identifikasjon mellom datterselskap og morselskap. Dersom morselskapet fører en tilsvarende kontroll med datterselskap som det gjør over egne avdelinger, har morselskapet en faktisk kontroll som innebærer at det i betydelig grad kan påvirke leverandørens handlemåte

²⁵⁷ Sak C-107/98 *Teckal* premiss 50

²⁵⁸ Sak C-458/03 *Parking Brixen* premiss 62

²⁵⁹ Sak C-324/07 *Coditel* premiss 29

²⁶⁰ Sak C-340/04 *Carbotermo* premiss 37, Steinicke og Groesmeier (2008) s. 172 Dragesten s. 103, Bakken og Nordby (2013) s. 32

²⁶¹ Wiggen (2013) s. 83 flg.

²⁶² Bakken og Nordby (2013) s. 32

under anbudskonkurransen og kontraktsarbeidet. Dette innebærer likevel ikke mer enn at et slikt vilkår for identifikasjon vil bestå proporsjonalitetstesten, og det er stadig usikkert om Domstolen vil legge til grunn en slik regel ved avvisning.

For det *tredje* har Steinicke og Fog vist til at Domstolen muligens vil komme til å oppstille avvisningsplikt i de tilfeller et morselskap lener seg på kapasiteten til et straffedømt datterselskap.²⁶³ Det kan nemlig gi uttrykk for manglende balanse hvis et morselskap kan nyte godt av et straffedømt datterselskaps kapasitet, uten samtidig å stå til regnskap for forbrytelsene som er begått av datterselskapet. Selv om dette kan gi oppdragsgiver rett til å avvise, er det likevel uvisst om Domstolen vil pålegge medlemsstatene å avvise i slike tilfeller så lenge dette ikke følger av direktivet, noe også nevnte forfattere erkjenner.

Samlet forblir det usikkert hvorvidt Domstolen vil pålegge medlemsstatene å identifisere selskaper i samme konsern dersom den blir forelagt spørsmålet. I så fall er det en forutsetning at det foreligger et kontrollforhold, slik at søsterselskap uansett ikke vil identifiseres med mindre det foreligger misbruk av rettigheter. Det er også grunner for at Domstolen viser tilbakeholden med å pålegge medlemsstatene en ulovfestet plikt til å identifisere mor- og datterselskap. Dette fordi det kan være svært kostbart og tidkrevende for oppdragsgiver å foreta nødvendig etterforskning for å avdekke om det foreligger et angitt kontrollforhold mellom virksomhetene. Igjen ser vi at ulike hensyn på makronivå må avveies mot hensyn som gjør seg gjeldende i den enkelte anskaffelse.²⁶⁴ Når EU-lovgiver har etterlatt medlemsstatene en kompetanse til å avgjøre dette etter overveielser på nasjonalt plan er min oppfatning at Domstolen bør være forsiktig med å utpensle plikter på ulovfestet grunnlag. Dette gjelder likevel ikke der oppdragsgiver allerede kjenner til at leverandørens deltakelse i konkurransen innebærer misbruk av rettigheter.

3.2.3.2 Skal leverandøren identifiseres med underleverandører?

Et annet praktisk og tidligere omstridt spørsmål er hvorvidt leverandører skal avvises hvis en *underleverandør* er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse. Dette er nå avklart i artikkel 71 (6) bokstav b, hvor det fremgår at medlemsstatene kan pålegge oppdragsgivere å

²⁶³ Fog og Steinicke (2009) s. 2-3, se også Steinicke og Groesmeier (2008) s. 1135

²⁶⁴ Kapittel 2.3

undersøke om underleverandørene oppfyller vilkårene artikkel 57, og om det er tilfelle skal oppdragsgiver kreve at leverandøren bytter ut underleverandøren med en annen.

Nylige avisoppslag kan tyde på at det er behov for en slik regulering i norsk anskaffelsesrett. Aftenposten kunne 27. mars 2014 melde at en av de største aktørene i Oslos malermarked, Harald Askautrud AS, benyttet fem underleverandører som enten var dømt eller siktet/mistenkt for grov økonomisk kriminalitet. Oslo-politiet betegnet underleverandørene som organiserte kriminelle. Stortingspolitiker Hårek Elvenes (H) gikk ut i avisen og uttalte: «Det må stilles helt andre krav til økonomisk vandel til underleverandørene. Her er det smutthull i lov om offentlige anskaffelser som må tettes».²⁶⁵

3.2.4 Norsk rett

I dette avsnittet skal vi først se nærmere på gjeldende norsk rett, og deretter undersøke om direktivet endrer rettsstilstanden. Foreløpig har FOA ingen identifikasjonsbestemmelse tilsvarende artikkel 57 (1) 2. Imidlertid har Kofa uttalt seg om spørsmålet i sak 2011/206 (MBA). Ved en åpen anbudskonkurranse gjennomført av Rana kommune, ble selskapet MBA Entreprenør AS tildelt kontrakten. En forbigått anbyder klaget avgjørelsen inn for KOFA med påstand om at anbudsvinneren skulle avvises. Dette fordi prosjektlederen var rettskraftig dømt for grov korrupsjon. Denne handlingen ble begått på vegne av et annet selskap enn leverandøren som hadde inngitt tilbudet.

Nemnden sluttet seg først til nemndspraksis i forbindelse med fakultativ avvisning, hvorefter spørsmålet om identifikasjon må bero på en konkret vurdering av hva som er rimelig i den enkelte sak.²⁶⁶ Med utgangspunkt i dette la nemnden til grunn at identifikasjon kan finne sted der det er «tette bånd mellom formell leverandør og fysiske eller juridiske personer», herunder såkalte *nøkkelpersoner*.²⁶⁷ Til tross for at prosjektlederen verken hadde beslutningsmyndighet eller representasjonsmyndighet, fant nemnden etter en konkret vurdering leverandøren skulle identifiseres med vedkommende. Dette ble særlig begrunnet med at den straffedømte hadde ansvar for pristilbud, fakturering, fakturakontroll og økonomisk oppfølging av anlegg og innkjøp, slik at han samlet sett var å regne som en nøkkelperson.

²⁶⁵ Se: Jf.<http://www.aftenposten.no/nyheter/iriks/--Mafiaen-har-fatt-fotfeste-som-leverandor-til-staten-7516055.html#.UzXa0nbKyUk>

²⁶⁶ Jf. Premiss 23, se også Kofa-sak 2006/153 premiss 128, sak 2009/28 premiss 24, rundskriv 8/766 s. 15

²⁶⁷ Jf. premiss 24 med videre henvisninger

Dersom vi sammenholder nemndens uttalelser i MBA med artikkel 57 (1) 2 finner vi at Kofa har anlagt en strengere norm enn det som følger av direktivet. For det første omfatter nøkkelpersoner mer enn selskapets øverste ledelse slik definert i underavsnitt 3.2.2.2. For det andre kan leverandøren identifiseres med juridiske personer, selv når det ikke foreligger omgåelseshensikt.²⁶⁸ Et spørsmål som oppstår i denne sammenheng er om rettstilstanden kan opprettholdes etter gjennomføringen av det nye direktivet.

Vi har allerede i underavsnitt 3.2.3.1 sett at det i utgangspunktet tilkommer medlemsstatene etter overveielser på nasjonalt plan å bestemme hvorvidt leverandører skal identifiseres med juridiske personer. Det samme må gjelde ved identifikasjon med fysiske personer, slik at medlemsstatene kan utvide rekkevidden av artikkel 57 (1) 2 ved gjennomføring i nasjonal rett.²⁶⁹ Dette må ses i sammenheng med at identifikasjonsbestemmelser ikke utvider gjerningsbeskrivelsene i artikkel 57 (1), men sikrer at avvisningsbestemmelsen får effektivt gjennomslag. Således er det kanskje mer nærliggende å betrakte identifikasjon som regler som gjennomfører avvisningsbestemmelsen uten at det tilføres en ny avvisningsgrunn.²⁷⁰ Dette kan også være grunnen til at direktivet i fortalen forutsetter at leverandøren kan identifiseres med juridiske personer ved at «afbrytelser af alle forbindelser med... organisationer involveret i den ukorrekte adfærd» nevnes som et relevant selvreisingstilatk.²⁷¹

Etter dette er det derfor lite som tyder på at rettstilstanden endres som følge av direktiv 2014/24/EU, foruten at det må innføres en identifikasjonsbestemmelse i FOA. Norske myndigheter kan også utvide rekkevidden av artikkel 57 (1) 2, og kan for eksempel pålegge oppdragsgiver å avvise leverandører hvis morselskapet er straffedømt. Imidlertid følger det av proporsjonalitetsprinsippet at det ikke kan oppstilles automatisk identifikasjon. Dette fordi det må være mulig å foreta en konkret vurdering av hvorvidt tilknytningen kan ha betydning for leverandørens handlemåte under konkurransen og avviklingen av kontrakten.²⁷² Videre tilsier gjennomsiktighetsprinsippet at vilkårene for identifikasjon fremgår klart av lov eller forskrift,

²⁶⁸ Jf. sak 2006/153 premiss 117

²⁶⁹ Arrowsmith (2005) s. 750

²⁷⁰ kapittel 2.1.1 sml. sak C-74/09 *WISAG* premiss 44

²⁷¹ Jf. fortalens punkt 102

²⁷² Se også NOU 2014:4 s.243

og ved gjennomføringen av artikkel 57 (1) 2 bør lovgiver derfor tilføre at straffedom mot en nøkkelperson også skal medføre avvisning.²⁷³

3.2.5 Oppsummering

I dette kapitlet har vi sett at direktivet innfører en ny identifikasjonsregel hvoretter oppdragsgiver skal avvise leverandører som ledes av personer dømt for en opplistet forbrytelse. Formålet er å gi avvisningsplikten effektivt gjennomslag, og forhindre at straffedømte personer leder selskap involvert i offentlige anskaffelser. I forlengelsen av dette er det nærliggende å tolke bestemmelsen din hen at det ikke er et krav til funksjonell tilknytning. Bestemmelsen omfatter derimot ikke andre juridiske personer enn leverandøren, men formålet med artikkel 57 (1) tilsier at oppdragsgiver har plikt til å avvise dersom han vet at leverandørens deltakelse i konkurransen innebærer misbruk av rettigheter. I norsk rett har Kofa lagt til grunn at leverandører kan identifiseres med både juridiske personer og fysiske personer, herunder nøkkelpersoner.

3.3 Avvisningsvurderingen

I det følgende behandles spørsmål av betydning for avvisningsvurderingen. Det følger klart av ordlyden i artikkel 57 (1)/ FOA § 20-12 (1) at oppdragsgiver har plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse. Fra dette kan medlemsstatene innføre unntak fra avvisningsplikten av hensyn til vesentlige samfunnsinteresser, slik som folkehelsen og miljøet, men dette skal ikke behandles nærmere her.²⁷⁴ Selv om oppdragsgiver i utgangspunktet har plikt til å avvise leverandører som er rettskraftig dømt for en opplistet forbrytelse bestemmer proporsjonalitetsprinsippet rekkevidden av denne plikten, noe vi skal se på i dette kapitlet. Først skal vi undersøke på hvor lenge oppdragsgiver har plikt til å avvise i avsnitt 3.3.1, og deretter selvrensing i avsnitt 3.3.2.

3.3.1 Utestengesperiode

Ifølge artikkel 57 (7) skal medlemsstatene fastsette tidsgrenser for avvisning, som ikke kan overstige fem år fra tidspunktet dommen ble rettskraftig med mindre leverandøren er idømt rettighetstap. Dette kan betraktes som en slags foreldelsesregel hvoretter en straffedom ikke

²⁷³ Sak C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 33

²⁷⁴ Artikkel 57 (3)

lenger er relevant når det er mer enn fem år.²⁷⁵ Hvor lenge medlemsstatene er forpliktet til å foreskrive avvisning fremgår derimot ikke av bestemmelsen.²⁷⁶ En initial minstegrense vil likevel følge av effektivitetsprinsippet slik at avvisningsperioden ikke kan settes så kort at regelen fratas sin tilsiktede effekt og blir uegnet til kriminalitetsbekjempelse.²⁷⁷

I forlengelsen av dette kan effektivitetsprinsippet også være til hinder for at nasjonale myndigheter oppstiller unntak for hva vi kan kalle mindre straffverdige handlinger. Et slikt unntak er blant annet forutsatt i de svenske forarbeidene til *lag om offentlig upphandling*, hvor det heter: «Brottslighet av mera ringa art bör sällan motivere uteslutning». ²⁷⁸ En slik tolkning utvanner avvisningsplikten. Vi har allerede i kapittel 2.2 sett at artikkel 57 (1) har et klart formål fra EUs side, der avvisningsreglene skal bidra til en tryggere union hvor borgerne har tillit til offentlige myndigheter. Dette målet kan ikke ignoreres under henvisning til proporsjonalitetsprinsippet, og tolkningen i de svenske forarbeidene virker således ikke forenlig med den obligatoriske karakteren av artikkel 57 (1). ²⁷⁹

Direktivet krever utelukkende at medlemsstatene fastsetter maksimumsperiode for avvisning. Nasjonal lovgivning kan derfor overlate til den enkelte oppdragsgiver på bakgrunn av en sak-til-sak-vurdering å bestemme om en leverandør skal avvises. Den enkelte beslutning må være forenlig med EU-rettsens grunnleggende prinsipper, og vil ikke være avgjørende for fremtidige anskaffelser. Dette er også rettstilstanden etter gjeldene norsk rett, bortsett fra at maksimaltid ennå ikke er angitt. I Rt. 2013 s. 1025, som riktignok ikke gjaldt avvisning men foretaksstraff, uttalte førstvoterende:

«Av departementets rundskriv 8/766 fremgår imidlertid at bestemmelsen om at slike leverandører skal avvises, bare er et utgangspunkt. Avvisningsregelen er med andre ord ikke absolutt, slik også lagmannsretten har lagt til grunn. Hva som skal til for ikke å bli avvist og hva som bestemmer lengden på utestengelsen, er imidlertid ikke nærmere regulert, men overlatt oppdragsgiverens skjønn.»²⁸⁰ (min understreking)

²⁷⁵ Williams-Elegbe (2012) s. 130 flg., Preiss (2014) s. 122

²⁷⁶ Kapittel 2

²⁷⁷ Jf. Arrowsmith (2006) s. 117, Williams-Elgbe (2012) s. 132-133.

²⁷⁸ Jf. Prop. 2006/07:128 s. 236

²⁷⁹ Sml. Fog og Steincike (2009) s. 7

²⁸⁰ Premiss 89

Høyesteretts uttalelse er i tråd med departementets rundskriv og Kofa-praksis, hvorefter oppdragsgiver må «... utvise et skjønn hvor det må ses hen til hvor alvorlig forholdet er, tidsforløpet mellom den straffbare handlingen og avvisningen, samt en generell vurdering av konsekvensene ved å opprettholde utestenging».²⁸¹ Det er flere betenkeligheter ved en slik gjennomføring, som overlater til den enkelte oppdragsgiver *ad hoc* å vurdere om straffedømte leverandører skal avvises. Det kan være ressurskrevende for oppdragsgiver å foreta til dels vanskelige vurderinger hver gang spørsmålet om obligatorisk avvisning oppstår, og som vi har sett i kapittel 2.5 kan feilvurderinger bli meget dyrt for oppdragsgiver. I tillegg vil avvisningspraksis kunne variere mellom ulike oppdragsgivere nasjonalt, hvor enkelte oppdragsgivere kan vise seg mer lemfeldige enn andre. Det kan nemlig være flere grunner til at oppdragsgivere ønsker å fravike fra avvisningsplikten, for eksempel at en straffedømt leverandør leverer særskilt gode tjenester eller yter utmerket service. En praksis som tillater skjønnsmessige unntak fra avvisningsplikten gjør reglene mindre forutsigbare, og således reduseres den forebyggende effekten av avvisning.²⁸²

Ser vi utover norsk rett finner vi imidlertid eksempler på at andre beslutningstakere enn oppdragsgiver bestemmer hvor lenge straffedømte leverandører skal avvises. For det første kan lovgiver fastsette minimumstider i lovgivning, noe som blant annet er tilfelle i deler av sørafrikansk rett.²⁸³ For det andre kan sentraliserte beslutningsorganer bestemme hvor lenge den enkelte leverandør skal avvises, mest typisk gjennom svartelister som forplikter oppdragsgivere å avvise navngitte leverandører i en bestemt periode.²⁸⁴ Dette gjelder blant annet i deler av tysk anskaffelsesrett (Auftragssperre)²⁸⁵ og Verdensbankens liste over utestengte firmaer.²⁸⁶ I det følgende skal vi undersøke hvorvidt det ligger innenfor medlemsstatenes handlingsrom å gjennomføre et klart definert utestengelsessystem i nasjonal rett, hvor enten minimumsperioder i lovgivningen eller svartelister forplikter oppdragsgiver til å avvise straffedømte leverandører i en bestemt periode.

²⁸¹ Kofa-sak 2011/206 premiss 33, Kofa-sak 2009/28 premiss 34, rundskriv 8/766 side 12-13, se kapittel 2.3

²⁸² Jf. Hjelmeng og Søreide (2013) s. 676

²⁸³ Corruption Act, 2004 s 28 (3)(a)(ii)

²⁸⁴ Alternativt kan sentralt administrerte lister bare være rådgivende

²⁸⁵ Preiss (2009) s. 71 flg.

²⁸⁶ I andre jurisdiksjoner finner vi at utestenging også kan skje ved rettighetstap idømt av domstolene, eller ved såkalt cross-debarment, men dette skal ikke behandles nærmere her

Direktivet er taust med hensyn til hvorvidt svartelisting eller minimumsperioder i lovgivning er tillatt, og medlemsstatene er dermed etterlatt et handlingsrom ved gjennomføringen av direktivet i nasjonal rett, riktignok under overholdelse av EU-retten.²⁸⁷ I den sammenheng vil proporsjonalitetsprinsippet sette skranker for utformingen av nasjonale utestengelsessystemer, og straffedømte leverandører kan derfor ikke utestenges i lengre tid enn det som er nødvendig for å oppnå formålet til *kriminalitetsbekjempelse* og *tillit*.²⁸⁸

Med hensyn til formålet med *kriminalitetsbekjempelse* har vi allerede sett at utestenging skal forebygge kriminalitet gjennom sivilrettslige virkninger, og ikke gjennom straff. Målet om å forebygge kriminalitet gjør at det like fullt er relevant å trekke veksler på kriminaløkonomiens grunnprinsipper om allmennprevensjon og utmåling av straff ved utformingen av et utestengelsesregime.²⁸⁹ Hjelmeng og Søreide har under henvisning til rettsøkonomisk teori vist til at «forebygging er betinget av at reaksjonen øker (matematisk) proporsjonalt med gevinsten».²⁹⁰ Dersom leverandøren oppnår større gevinst ved lovbruddet enn tapet han påføres ved avvisning vil ikke regelen oppnå sin preventive effekt. Det må altså være sammenheng mellom det leverandøren har tjent på lovbruddet og utestengelsens varighet, og Hjelmeng og Søreide peker derfor på at utestengelsens varighet primært bør bestemmes av nettogevinsten av lovbruddet.

Imidlertid er det først og fremst forbrytelsens alvorlighet og omfang som har innvirkning på *tilliten* til straffedømte leverandører. Med andre ord; desto mer alvorlig forbrytelsen er, desto mer er tilliten til leverandøren svekket, og desto lenger er det nødvendig å utestenge vedkommende.²⁹¹ Kommisjonen ser ut til å legge vekt på dette i sin innkjøpsforordning, hvor det heter at utestengelsens varighet skal bestemmes blant annet på bakgrunn av forbrytelsens alvor og varighet.²⁹² Dette kan også begrunnes med at en straffedømt leverandør gjennom

²⁸⁷ Slik også Preiss (2009) s. 71, Hjelmeng og Søreide (2013) s. 691

²⁸⁸ Sml. forordning (EF EURATOM) Nr. 2342/2002 artikkel 133 a

²⁸⁹ Se Eide og Stavang (2008) s. 492 flg.

²⁹⁰ Forfatterne tar riktignok forbehold for de virkelig store gevinsttilfellene hvor kriminalitet alltid vil lønne seg rent økonomisk, for eksempel omfattende organisert kriminalitet, jf. Hjelmeng og Søreide (2013) s. 679

²⁹¹ Som påpekt i kapittel 2.2 vil det også oppdagelsesrisikoen være av betydning og håndhevelse være av betydning, men dette skal ikke forfølges nærmere her.

²⁹² Jf. forordning (EF, EURATOM) Nr. 2342/2002 artikkel 133 a

lovlydig livsførsel gradvis gjenvinner tilliten etter hvert som tiden går, og presumsjonen om gjentakelsesfare svinner hen.²⁹³ Avhengig av forbrytelsens alvor vil en straffedømt leverandør på et gitt tidspunkt således ha gjenvunnet tilliten slik at det ikke lenger er formålstjenlig å avvise ham. For å illustrere dette kan vi bruke en avgjørelse avsagt av Förvaltningsrätten i Stockholm.²⁹⁴

Saken gjaldt en anbudskonkurranse om transporttjenester der selskapet Fidelia AB ble avvist fordi stedfortrederen 12 år tilbake ble dømt til 10 års fengsel for narkotikakriminalitet som ledd i en organisert gruppe. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet vurderte domstolen om det var grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen om avvisning. Domstolen fant at det ikke var grunn til å trekke leverandørens pålitelighet i tvil. Dette ble begrunnet med at det var gått lang tid siden forbrytelsen ble begått, og fordi den straffedømte «... under de fem år som har gått sedan han släpptes ur fängelset av allt att döma har varit laglydig...».²⁹⁵ Da det heller ikke var noe som tydet på at han fortsatt hadde bånd til kriminelle grupper var gjentakelsesfaren redusert, og således gjorde ikke hensynet til avvisningsbestemmelsen seg gjeldende.²⁹⁶

Det må nevnes at et argument, som baserer seg på at straffedømte leverandører over tid gjenvinner tilliten kun gjennom lovlydig livsførsel, ikke står uimotsagt i juridisk litteratur. Som påpekt av Hjelmeng og Søreide er det ikke gitt at straffedømte leverandører er pålitelige selv om de har vært utestengt en bestemt periode.²⁹⁷ Så lenge det er tale om alvorlige forbrytelser krever allmennhetens tillit til anskaffelsesprosessen at det blir truffet positive tiltak i form av selvrensing før straffedømte leverandører kan få tilgang til offentlige kontrakter, og derfor er tiden som har gått irrelevant.²⁹⁸ Selv om et slikt synspunkt har mye for seg ved obligatorisk avvisning kan det likevel ikke være avgjørende fordi proporsjonalitetsprinsippet også beskytter leverandørenes økonomiske rettigheter, og

²⁹³ Preiss (2009) s. 84

²⁹⁴ sak 26630-10

²⁹⁵ Jf. side 21

²⁹⁶ Se også forordning (EF, EURATOM) Nr. 2342/2002 artikkel 133 a hvor det fremgår at eventuelle gjentakelser skal tillegges vekt ved utmålingen av utestengingsperioden

²⁹⁷ Jf. Hjelmeng og Søreide (2013) s. 679

²⁹⁸ Jf. Hjelmeng og Søreide (2014) s. 7

begrenser medlemsstatenes adgang til å ilegge sanksjoner som står i et misforhold med forbrytelsen som er begått.²⁹⁹

Sammenholder vi proporsjonalitetsprinsippet slik det kommer til uttrykk i rettsøkonomien og EU-retten må utestengelsesperioden stå i forhold til hva leverandøren har tjent på lovbruddet, og forbrytelsens alvor og omfang. Desto mer leverandøren har tjent på lovbruddet, og desto mer alvorlig forbrytelsen er, desto lenger kan straffedømte leverandører utestenges. Dette tilsier at det for eksempel er nødvendig å utestenge en leverandør som er dømt for grov korrupsjon eller organisert kriminalitet, lenger enn leverandører som er dømt for enkelttilfeller av påvirkningshandel.

I tråd med dette kan medlemsstatene innføre minimumsperioder i lovgivningen som er differensierte etter forbrytelsens alvor og leverandørens fortjeneste på forbrytelsen. Vi kan eksempelvis tenke oss at leverandører som er dømt for påvirkningshandel utestenges i ett år fra tidspunktet dommen ble rettskraftig, korrupsjon i tre år, grov korrupsjon i fire år, menneskehandel og terror i fem år, osv. Alternativt kan et sentralisert beslutningsorgan fastsette utestengelsesperioder gjennom svartelister, og hvor lengden på utestengelsen i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet gjenspeiler forbrytelsens alvor og den straffedømte leverandørens profitt.³⁰⁰ Uansett tilnærming bør tidsgrensene suppleres med øvre grenser regnet fra tidspunktet forbrytelsen ble begått. Det kan nemlig ha gått svært lang tid fra forbrytelsen ble begått til rettskraftig dom foreligger, og i mellomtiden kan leverandøren allerede ha vært avvist fra offentlige anskaffelser i lengre tid.³⁰¹

Selv om utestengelsesperioden angitt i lov eller svartelister er proporsjonal, må det avgjøres om EU-retten tillater at oppdragsgiver kan pålegges en ubetinget plikt til å avvise alle leverandører som oppfyller utestengingsvilkårene i en bestemt periode. Som vi har sett i kapittel 2.3 følger det av proporsjonalitetsprinsippet at avvisning ikke kan være basert på en absolutt og ugjendrivelig presumsjon. Klart definerte tidsgrenser er nettopp basert på en presumsjon om at leverandører som har gjort seg skyldig i en alvorlig forbrytelse er

²⁹⁹ Jf. C-240/78 *Atlanta* premiss 15, Hjelmeng og Søreide (2014) s. 7

³⁰⁰ Offentliggjøring av navn på foretak innebærer ikke at utestengelse oppfyller vilkårene for straff etter EMK art. 6, med mindre noe annet følger av nasjonal rett, jf. *Storbråten v. Norway*

³⁰¹ Dette gjaldt for eksempel i Norconsult-saken hvor de straffbare forholdene ble begått 7 år før saken sto for Høyesterett

upålitelige og uegnet til å handle med offentlige myndigheter, og hvor det er usannsynlig at vedkommende kan gjenvinne tillit i utestengelsesperioden.

Imidlertid er ikke EU-retten til hinder for at medlemsstatene opererer med presumsjonsregler så lenge disse ikke er ugjendrivelige, men suppleres med unntaksregler som tillater en konkret vurdering.³⁰² I direktivet er dette sikret gjennom selvrensingsbestemmelsen, hvorefter oppdragsgiver, eller en sentralisert beslutningsmyndighet, skal vurdere om avvisning eller utelukkning er formålstjenlig i det konkrete tilfelle.³⁰³ Følgen av dette for eventuell svartelisting er at leverandøren fjernes fra listen umiddelbart dersom han kan godtgjøre at tilstrekkelige selvrensingstiltak er gjennomført. Tilsvarende må leverandøren få delta i konkurransen før en eventuell lovbestemt utestengelsesperiode har utløpt så fremt tilstrekkelige selvrensingstiltak er gjennomført.

Sammenfattet er EU-retten ikke til hinder for at medlemsstatene innfører klart definerte tidsgrenser for utestenging. Forutsetningen er at den initiale utestengelsesperioden er proporsjonal, og at utestengelsen oppheves når leverandøren har gjennomført tilstrekkelige selvrensing. Et slikt utestengelsesregime kan ha flere fordeler. For det første fritas oppdragsgiver fra ofte kompliserte vurderinger ved den enkelte anskaffelse, og et utestengelsessystem kan således virke ressursbesparende og effektivisere anskaffelsesprosessen.³⁰⁴ For det andre vil et utestengelsessystem med klart definerte kriterier styrke avvisningsreglenes preventive effekt ved at potensielle forbryterske leverandører kan regne med at reglene blir fulgt i det praktiske liv.³⁰⁵ I forlengelsen av dette kan et utestengelsessystem, for det tredje, virke individualpreventivt ved at straffedømte leverandører gis økt insentiv til å ta grep i egen virksomhet. Dette fordi selvrensing vil være den eneste måten å redusere utestengelsesperioden på, og forutsatt at denne er tilstrekkelig lang, vil selvrensing lønne seg ved at utestengelsesperioden reduseres betydelig. Hvilke grep straffedømte leverandører i så fall må ta er temaet i neste avsnitt.

³⁰² Jf. Forente saker C-286/94, C-340/95, C-401/95 og C-47/96 *Garage Molenheide* premiss 52

³⁰³ Kapittel 2.3

³⁰⁴ Se kapittel 3.2

³⁰⁵ Hjelmeng og Søreide (2014) s. 6 flg., Transparency International (2006) s. 2-3

3.3.2 Selvrensing

I dette avsnittet skal vi behandle reglene for selvrensing. Det fremgår av artikkel 57 (6) i direktiv 2014/24/EU at leverandører som rammes av en utelukkelsesgrunn i artikkel 57 (1) likevel skal få delta i konkurransen om offentlige kontrakter dersom det er gjennomført tilstrekkelige selvrensingstiltak. Hvis leverandøren kan godtgjøre at han er pålitelig, vil det være i strid med så vel likebehandlingsprinsippet som proporsjonalitetsprinsippet å utestenge vedkommende. For det første vil det stride imot likebehandlingsprinsippet å behandle en leverandør som har gjenvunnet tilliten likt med en straffedømt leverandør som fortsetter som før fordi det ikke lenger finnes en saklig grunn til å behandle disse likt.³⁰⁶ For det andre vil utestenging gå lenger enn nødvendig dersom leverandøren har gjenvunnet tilliten, og proporsjonalitetsprinsippet krever derfor at rene virksomheter skal få delta i konkurransen om offentlige kontrakter.³⁰⁷

Som vi har sett i avsnitt 2.1.4 er det opp til medlemsstatene å fastsette nærmere i nasjonal rett de materielle og prosessuelle betingelsene for selvrensing.³⁰⁸ Overordnet krever direktivet at leverandøren etter omstendighetene treffer tiltak rettet mot fortiden, nåtiden og fremtiden. I de følgende underavsnitt, 3.3.2.1 til 3.3.2.4, skal vi undersøke hva disse tiltakene innebærer, og hvordan disse kan tenkes gjennomført i Norge. I underavsnitt 3.3.2.5 skal vi se nærmere på hva det innebærer at leverandøren må ha truffet tilstrekkelige selvrensingstiltak.

3.3.2.1 Klargjøring av faktiske omstendigheter

Det følger av artikkel 57 (6) 2 at en straffedømt leverandør som ledd i renvaskingen må ha «gjort indgående rede for forholdene og omstendighetene gjennom et aktivt samarbejde med undersøgelsesmyndighederne...».

Klargjøring av faktiske omstendigheter som foranlediget forbrytelsen er av avgjørende betydning for å vite hvilke tiltak som bør igangsettes for å unngå ytterligere overtredelser av straffeloven i fremtiden. Etter bestemmelsens ordlyd må leverandørens undersøkelser av faktiske omstendigheter være omfattende, men hva som kreves vil likevel variere etter sakens

³⁰⁶ Jf. Arrowsmith (2009) s. 28-29 med videre henvisninger.

³⁰⁷ Jf. COM (2011) 15 s. 53

³⁰⁸ Jf. fortalen punkt 102, se ovenfor avsnitt 2.2.5

karakter og kompleksitet.³⁰⁹ Å vise åpenhet og samarbeidsvilje til å rydde opp i egen virksomhet er også sentralt i gjenoppbygging av tillit overfor allmenheten. Ettersom de obligatoriske avvisningsgrunnene gjenspeiler svært alvorlige forbrytelser bør utgangspunktet være at straffedømte leverandører klargjør faktiske omstendigheter gjennom så vel intern- som eksternkontroll. I norsk rett kan dette eksempelvis skje ved at selskapet oppnevner en gransker etter asl/aasl. § 5-25 flg., eller ved annen ekstern revisjon.

Leverandøren skal også samarbeide med etterforskende myndigheter, som etter norsk rett vil være påtalemyndighetene, herunder Økokrim. Samarbeid med etterforskende myndigheter er noe som gjenkjennes fra strafferetten, der både uforbeholden tilståelse og andre former for samarbeid med politiet kan bli vektlagt i formildende retning.³¹⁰ Dette er særlig forankret i hensynet til hurtig straffesaksavvikling og prosessøkonomiske hensyn.³¹¹ Ved selvrensing er det imidlertid hensynet til åpenhet og viljen til å rydde opp i egen virksomhet som er de ledende hensyn når samarbeid med etterforskende myndigheter inngår i renvaskingsvurderingen.³¹² Leverandøren skal ikke beskytte gjerningspersonene som har begått handlingen, men heller bidra til oppklaring slik at personelle og organisatoriske tiltak kan treffes. At den straffbare handlingen har blitt avdekket på grunn av at leverandøren selv varslet påtalemyndighetene kan vitne om ytterligere vilje til å rydde opp i egen virksomhet, uten at det behøver å være avgjørende.

3.3.2.2 Kompensasjon

Artikkel 57 (6) 1 foreskriver at leverandøren skal bevise at vedkommende «har ydet erstatning eller påtaget sig at yde erstatning for eventuelle skader som følge af overtrædelsen af straffeloven». Dette er et naturlig ledd i opprydningsprosessen, der leverandøren må gjenopprette eventuell skade forårsaket av selskapets personell. Etter ordlyden er det tilstrekkelig at leverandøren har forpliktet seg til å yte kompensasjon som dekker skaden forårsaket av forbrytelsen, uten at det kreves at erstatningen er betalt. Vilkåret vil derimot ikke være oppfylt dersom leverandøren misligholder sin forpliktelse.

³⁰⁹ Underkapittel 3.3.2.5

³¹⁰ Se strl. § 59 (2), se også Rt. 2013 s. 1025 premiss 94

³¹¹ Ot.prp.nr. 81 (1999-2000) s. 33 flg.

³¹² Se også Preiss (2009) s. 76-77

3.3.2.3 Personelle tiltak

Av artikkel 57 (6) 2 følger det at leverandøren skal treffe passende «personalemæssige foranstaltninger». Som vi så i kapittel 3.2. er en juridisk person aldri mer pålitelig enn personene som handler og treffer beslutninger på dennes vegne. Dette selvrensingstiltaket er derfor avgjørende for at leverandøren kan gjenvinne tillit overfor oppdragsgiver og allmennheten. Av fortalens punkt 101 fremgår det at personelle tiltak kan innebære at leverandøren fjerner alle forbindelser med personer eller organisasjoner som har vært involvert i handlingene, og eventuelt reorganiserer medarbeiderne.

Ved obligatorisk avvisning må den klare hovedregelen være at leverandøren fullstendig distanserer seg fra gjerningspersonen(e) som har begått forbrytelsen, ved at de som står bak handlingen fjernes fra sine stillinger. For at slike tiltak skal motvirke fremtidige brudd på straffeloven må leverandøren ta bestemte grep for å signalisere til bedriftens øvrige ansatte at slike handlinger ikke tolereres. Hvor omfattende tiltak som kreves vil likevel bero på omfanget av forbrytelsen, noe vi kommer tilbake til i 3.3.2.5.

Hvilke virkemidler som står leverandøren til rådighet etter norsk rett vil variere etter hvilke personelle tiltak det er tale om å igangsette. Med hensyn til *ansatte* vil fremgangsmåten for avskjedigelse skje etter arbeidsrettens regler.³¹³ I aksje- og allmennaksjeselskap utnevnes *styremedlemmer* som hovedregel av generalforsamlingen, som også kan avsette disse før tjenestetiden er utløpt, jf. asl/aasl. § 6-7 (2). *Deltakere* i ansvarlig selskap kan på sin side utelukkes etter sel. § 2-36 (1) b eller c. I aksje- og allmennaksjeselskap utnevnes *daglig leder* i utgangspunktet av styret, men det er ingen regler for hvordan disse avsettes. Likevel er det alminnelig antatt at organet som har tilsettingskompetansen også kan avsette daglig leder.³¹⁴ Etter § 6-2 (2) er det normalt styret som har kompetanse til å utnevne og dermed avsette daglig leder. Likevel er daglig leder vernet av arbeidsmiljølovens regler,³¹⁵ og leverandøren må dermed overholde disse ved oppsigelse eller avskjedigelse, da han i motsatt fall vil gjøre seg skyldig i en alvorlig tjenestefeil etter artikkel 57 (4) c/FOA § 20-12 (2) d. Der daglig leder på vegne av selskapet har gjort seg skyldig i korrupsjon eller andre forbrytelser nevnt i FOA § 20-12 (1) e, må det imidlertid være klart at selskapet kan

³¹³ Arbeidsmiljøloven §§ 15-14 og 15-13 (1).

³¹⁴ Rt. 1989 s. 798, Andenæs (2006) s. 372

³¹⁵ Arbeidsmiljøloven § 15-16, og NOU 1992:29 s 150, Ot.prp.nr. 36 (1993-19) s. 204, Andenæs (2006) s. 372

avskjedige ham med påbud om øyeblikkelig fratreden etter aml.§ 15-14. Tilsvarende gjelder ved avskjedigelse av daglig leder i ansvarlig selskap.

3.3.2.4 Strukturelle og organisatoriske tiltak

Etter at leverandøren har tatt et oppgjør med fortiden og nåtiden, må han gjennomføre konkrete organisatoriske tiltak, som er egnet til forebygge ytterligere overtredelser av straffeloven i fremtiden.³¹⁶ Eksempler på slike tiltak er «gjennomførelse af rapporterings- og kontrolsystemer, oprettelse af en intern revisionsstruktur til at overvåge overholdelse samt vedtagelsen af interne regler for ansvar og kompensation».³¹⁷ I det følgende skal vi se nærmere på hvordan strukturelle og organisatoriske tiltak kan tenkes gjennomført i Norge.

Som et utgangspunkt er det ikke mulig for en straffedømt leverandør å fjerne enhver risiko for at ansatte begår kriminelle handlinger, noe som for øvrig er anerkjent i lovgivning som ikke ilegger foretak ansvar ved såkalte abnorme skritt.³¹⁸ En retningslinje for vurderingen kan derfor være at leverandøren må ta alle rimelige forholdsregler for å forebygge ytterligere overtredelser av straffeloven. I dette ligger det et prinsipp om forholdsmessighet, der «rimelige forholdsregler» innebærer at tiltakene skal stå i forhold til virksomhetens art og hvilket marked leverandøren opererer i.³¹⁹ Anvendelsen av retningslinjen reiser to spørsmål. For det første hvilken *fremgangsmåte* leverandøren kan bruke, og for det andre hvilke *kvalitative krav* som stilles til gjennomføringen.³²⁰

Når det gjelder *fremgangsmåte* for organisatoriske selvrensingstiltak kan det være hensiktsmessig å se hen til krav i lovgivningen for øvrig. Sentralt i den sammenheng er såkalt risikobasert internkontroll. Etter FOA § 3-4 skal oppdragsgiver kreve HMS-erklæring i samsvar med vedlegg 2 for alt arbeid som overstiger 100.000 kr.³²¹ Av vedlegg 2 fremgår det at leverandøren skal erklære at vedkommende tilfredsstiller kravene i internkontrollforskriften. Det fremgår av forskriftens § 4 skal den ansvarlige gjennom internkontroll i virksomheten

³¹⁶ Artikkel 47 (6) 3

³¹⁷ Fortalens punkt 102

³¹⁸ Jf. strl.§ 48 a, skl.§ 2-1 og skl. § 1-6

³¹⁹ Sml. skl.§ 1-6,

³²⁰ Se om dette i Taraldset (2011) s. 18 flg.

³²¹ FOA § 20-12 (1) c

gjennomføre systematiske tiltak for å sikre helse- miljø- og sikkerhetslovgivningen. Internkontrollen skal etter § 5 punkt 6 omfatte kartlegging av farer og problemer og vurdering av risiko, og det skal utarbeides planer og tiltak for å redusere risikoforholdene. Av forskrift om risikostyring og internkontroll kan det tilsvarende utledes at ledelsen har det overordnede ansvaret for å påse at virksomheten har systemer for risikostyring og internkontroll.³²² I henhold til § 6 skal virksomheten med utgangspunkt i klart definerte mål foreta årlige gjennomganger av vesentlige risikoer for alle virksomhetsområder, og systematisk vurdere om foretakets risikostyring og internkontroll er tilstrekkelige for å håndtere foretakets risiko på en forsvarlig måte.

Risikobasert internkontroll innebærer altså at ledelsen har et overordnet ansvar for løpende å vurdere hvilken risiko som er knyttet til virksomheten, og på bakgrunn av dette gjennomføre systematiske og konkrete tiltak for å forebygge blant annet overtredelser av straffeloven. Ettersom dette er en metode som er anerkjent og påkrevd i lovgivningen for øvrig, må risikobasert internkontroll også være en «passende konkret» metodisk tilnærming ved selvrensing.³²³ Spørsmålet blir deretter hvilke kvalitative krav som stilles til selskapets tiltak.

Spørsmålet om hvilke *kvalitative krav* som skal stilles til leverandørens organisatoriske tiltak kan ikke besvares generelt, og derfor skal vi i det følgende fokusere på overordnede krav til tiltakenes kvalitet. Utgangspunktet er at organisatoriske og strukturelle tiltak må være tilpasset risikonivået i den aktuelle virksomheten, vurdert i lys av forbrytelsen som er begått. Eksempelvis vil leverandører som opererer i land med høy grad av korrupsjon eller barnearbeid ha et særlig ansvar for å implementere effektive tiltak som forhindrer at selskapet involveres i slike forbrytelser.³²⁴ Det må utarbeides bindende etiske retningslinjer som forbyr kriminelle handlinger som er en typisk risiko for virksomheten, og leverandøren må sørge for at arbeidstakerne er godt kjent med disse. De ansatte må også få grundig opplæring i aktuelle straffebestemmelser, og det må utvikles gode varslingsrutiner, hvor de ansatte får klare instruksjoner om å varsle arbeidsgiver hvis for eksempel tjenestemenn ber om godtgjørelse for å tildele kontrakter. I forlengelsen av dette må leverandøren sørge for gode rutiner for varslings til relevante myndigheter (whistle blowing), der arbeidstakeren også gis vern mot sanksjoner

³²² Jf. forskrift 22. september 2008 nr. 1080 om risikostyring og internkontroll

³²³ Jf. Artikkel 57 (6) 2, Se også Taraldset (2011) s. 21

³²⁴ Sml. Rt. 2013 s. 1025 premiss 71

fra andre arbeidstakere.³²⁵ I tillegg må fullmakts- og beslutningsprosesser utformes på en måte som forhindrer misbruk av posisjoner, eksempelvis ved at alle viktige beslutninger blir dobbeltsjekket og at fullmakter kontrolleres.³²⁶ Etter omstendighetene kan det også være nødvendig å reorganisere virksomheten med hensyn til avdelinger, ledelseslinjer etc.³²⁷

Sammenfattet kan risikobasert internkontroll være en egnet og hensiktsmessig metode ved selvrensing. Dette innebærer at ledelsen må føre et aktivt tilsyn med virksomheten, og fortløpende foreta risikovurderinger. Det må igangsettes passende og konkrete tiltak etter hvert som risikoen for korrupsjon og andre forbrytelser opplistet i artikkel 57 (1) øker. Et grunnleggende spørsmål er imidlertid hvor omfattende tiltak leverandøren må igangsette før leverandøren har rett til å delta i konkurransen om offentlige anskaffelser. Dette leder oss over i neste underavsnitt.

3.3.2.5 Selvrensiningsvurderingen

Det fremgår av artikkel 57 (6) 1 at oppdragsgiver ikke skal avvise straffedømte leverandører som kan dokumentere at «tilstrækkelig» selvrensingstiltak er gjennomført. I dette underavsnittet skal vi se nærmere på hva som menes med tilstrekkelig selvrensing.

Den ledende retningslinjen for vurderingen fremgår av bestemmelsens ordlyd. Det avgjørende er om leverandøren har gjennomført tiltak som gjør ham «pålitelig». For at leverandøren skal kunne anses pålitelig må selvrensingstiltakene være tilstrekkelige til å forebygge nye overtredelser av straffeloven.³²⁸ Dette må i utgangspunktet bero på en konkret vurdering av den individuelle leverandørens situasjon.³²⁹ Imidlertid er medlemsstatene innen rammen av direktivet forutsatt å fastsette de nærmere vilkårene for når leverandøren er tilstrekkelig pålitelig. Selvrensiningsvurderingen vil derfor i stor utstrekning bero på gjennomføringen i nasjonal rett. I dette underavsnittet skal vi først se nærmere på hvilke momenter som

³²⁵ Jf. arbeidsmiljøloven § 3-6. Se også Europarådets sivilrettslige konvensjon mot korrupsjon artikkel 9, jf. Taraldset (2011) s. 26

³²⁶ Rt. 2013 s. 1025 premiss 95

³²⁷ Jf. fortalens punkt 102

³²⁸ Artikkel 57 (6) 3

³²⁹ Artikkel 57 (6) 3

direktivet krever skal inngå i vurderingen, og på bakgrunn av dette undersøke hvordan medlemsstatene kan gjennomføre selvrensningsbestemmelsen i nasjonal rett.

Det fremgår av direktivets artikkel 57 (6) 3 at det mest sentrale momentet ved selvrensningsvurderingen er forbrytelsens grovhet og andre særlige omstendigheter ved overtredelsen av straffeloven. Utgangspunktet er at selvrensingstiltakene skal stå i forhold til forbrytelsen som er begått. Med andre ord; desto mer alvorlige forhold leverandøren er dømt for, desto mer er tillitten til vedkommende svekket, og desto mer omfattende selvrensingstiltak må iverksettes. For at selvrensningsreglene skal motvirke fremtidige forbrytelser bør kravene til selvrensing også være bestemt av leverandørens gevinst som følge av forbrytelsen.³³⁰ Jo mer den straffedømte har tjent på forbrytelsen, jo mer bør det kreves av ham i opprydningsprosessen. I motsatt fall vil profitten fra forbrytelsen kunne overstige kostandene ved selvrensing, og en slik ordning vil ikke virke kriminalitetsforebyggende.³³¹

Riktignok er alle handlingene opplistet i artikkel 57 (1) alvorlige. Men det er fortsatt betydelige forskjeller mellom en leverandør som er dømt for påvirkningshandel begått av én underordnet ansatt, og en leverandør som tjent store penger på omfattende menneskehandel. Det er derfor relevant å undersøke om det er tale om et isolert tilfelle forårsaket av en upålitelig ansatt, eller om handlingen også er et resultat av en uheldig virksomhetskultur. Der handlingen er et utslag av en upålitelig person kan det være tilstrekkelig at selskapet avskjediger vedkommende, og iverksette organisatoriske tiltak som forhindrer at fremtidige upålitelige personer kan begå kriminalitet på vegne av leverandøren. Dersom virksomheten eksempelvis har vært involvert i organisert kriminalitet må større personelle og organisatoriske tiltak iverksettes, slik som utskifting av ledelsen og andre involverte personer, samt endringer i selskapets struktur. Alt i alt må tiltakene må være skreddersydd de utfordringer selskapet står overfor før leverandøren kan delta i konkurranser om offentlige anskaffelser.

I tysk anskaffelsesrett har det i rettspraksis også blitt lagt vekt på tiden som har gått siden forbrytelsen ble begått.³³² Begrunnelsen for dette er at presumsjonen om gjentakelsesfare

³³⁰ Hjelmeng og Søreide (2013) s. 680

³³¹ Se avsnitt 2.2.3

³³² Se Preiss (2009) s. 84-85 med henvisninger til tysk rettspraksis

svinner hen hvis det har gått lang tid siden forbrytelsen ble begått, og den straffedømte leverandøren i mellomtiden har opptrådt lovlydig.³³³ Vi kan bruke faktum i Norconsultdommen som illustrasjonsmateriale. I juni 2013 risikerte Norconsult å bli rettskraftig dømt for korrupsjon blant annet på grunn av handlinger begått for 9,5 siden.³³⁴ Vi kan legge til grunn at selskapet allerede for 9 år siden gjennomførte en selvrensningsprosess, men tiltakene var på dette tidspunktet ikke tilstrekkelige til at å godtgjøre leverandørens pålitelighet. Dersom Norconsult i de etterfølgende ni år har holdt seg på den smale sti og oppført seg lovlydig, kan det hevdes at leverandøren på denne måten har vist at formålet med selvrensningsbestemmelsen er oppfylt – selskapet har mestret å forebygge at tilsvarende handlinger finner sted igjen og er derfor på nåværende tidspunkt pålitelig.

På den annen side kan det innvendes at tiden som har gått må tillegges begrenset vekt ved obligatorisk avvisning. Allmenhetens tillit til at oppdragsgiver forvalter fellesskapets midler på en god måte blir ikke nødvendigvis bedret av at leverandøren er utestengt i en periode.³³⁵ I et slikt perspektiv kan straffedømte leverandører utelukkende gjenvinne tillit ved å gjennomføre tilstrekkelige selvrensingstiltak. Så lenge den initiale utestengelsesperioden er proporsjonal er ikke proporsjonalitetsprinsippet til hinder for et utestengelsesregime hvor leverandører nektes tilgang til offentlige kontrakter inntil tilliten er 100 % gjenvunnet gjennom selvrensing. Med andre ord kan det i nasjonal rett oppstilles en absolutt terskel som straffedømte leverandører bare kan nå ved hjelp av selvrensingstiltak, og der betingelsene for hva som er tilstrekkelig selvrensing bestemmes av profitten og alvoret av forbrytelsen som er begått. Hvis leverandørens tiltak i lys av dette viser seg å være utilstrekkelige, kan utestengelsen vedvare inntil selvrensingen er fullstendig fullbyrdet. Som vi skal se i det følgende er det gode grunner for at medlemsstatene i nasjonal rett opererer med en slik terskel.

Dersom selvrensningsreglene skal tjene som insentiv for straffedømte leverandører til å rydde opp i egen virksomhet, bør selvrensing være den eneste måten som kan oppheve en utestengelse. På den måten vil straffedømte leverandører se seg nødt til å gjennomføre selvrensingstiltak inntil tillit er 100 % gjenvunnet, for slik å unngå ytterligere tap som følge

³³³ Sml. Preiss (2009) s. 84-85

³³⁴ Sml. Rt. 2013 s. 1025

³³⁵ Avsnitt 3.3.1, Hjelmeng og Søreide (2013) s. 678 flg.

av utestenging. Forutsetningen er likevel at kostandene ved selvrensing er mindre enn tapet ved utestenging, og derfor må den initiale utestengelsesperioden være tilstrekkelig lang.³³⁶ Ved at utestengelsen oppheves så snart leverandøren har gjennomført tilstrekkelige selvrensingstiltak kan leverandøren redusere utestengelsesperioden betydelig, og således gis straffedømte leverandører et økonomisk incentiv til å gjennomføre fullstendig selvrensing så snart som mulig.³³⁷

Selv om en absolutt terskel for selvrensing er nødvendig for et effektivt utestengelsesregime er det likevel ikke tilstrekkelig for å sikre reglens effekt. Det kreves også at oppdragsgiver er avskåret fra å inngå kontrakt med en straffedømt leverandør inntil han er fullstendig renvasket. For å motvirke at den enkelte oppdragsgiver fraviker avvisningsplikten ved å stille små krav til leverandørers selvrensingstiltak, bør beslutningen om den enkelte leverandør har gjennomført tilstrekkelig selvrensing overlates til et eksternt organ.³³⁸ Det er først på denne måten medlemsstatene kan sikre en enhetlig og forutberegnelig praksis. Imidlertid er heller ikke dette tilstrekkelig for å sikre et effektivt utestengelsesregime.

Et effektivt utestengelsesregime forutsetter også at reglene for når utestengelsen opphører fremgår klart av lov eller forskrift. På den måten blir selvrensningsbeslutningen regelbundet og gjennomslutlig for så vel straffedømte leverandører som konkurrenter og allmennheten, og bedrer forutsetningene for at leverandøren lykkes i sitt forsøk på å gjenvinne tillit. Selv om reglene om selvrensing er en insentivbasert tilnærming, som ved første blikk overlater til den enkelte virksomhet å vurdere hvordan selvrensing skal gjennomføres, er det stadig en effektivitetsbetingelse at straffedømte leverandører har tilstrekkelig informasjon om hvilke tiltak som er tilstrekkelige til å heve utestengelsen. I tillegg til å fastsette vilkårene for når utestengelsen opphører i lov eller forskrift, bør medlemsstatene derfor utarbeide instruktive retningslinjer for hvordan straffedømte leverandører kan rydde opp i egen virksomhet.

Sammenfattet bør medlemsstatene ved gjennomføringen av selvrensningsbestemmelsen sørge for at reglene inngår i et effektivt utestengelsesregime. Dette forutsetter for det første at utestengelsesperioden, som er fastsatt i tråd med prinsippene nevnt i avsnitt 3.3.1, først

³³⁶ Kapittel 2.2.

³³⁷ Hjelmeng og Søreide (2013) s. 676 flg.

³³⁸ Fortalens punkt 101

opphører når leverandøren har gjennomført tilstrekkelige selvrensingstiltak. Hva som er tilstrekkelig selvrensing beror på profitten og alvorligheten av forbrytelsene som er begått. For det andre må beslutningen om når leverandøren har gjennomført tilstrekkelig selvrensing overlates til et eksternt organ, og hvor oppdragsgiver er avskåret fra å inngå kontrakt med en straffedømt leverandør inntil tilliten er gjenvunnet. For det tredje forutsetter et effektivt utestengelsesregime at vilkårene for når utestengelsen opphører fremgår klart av lov eller forskrift. I tillegg bør det utarbeides gode retningslinjer som viser hvordan straffedømte leverandører kan gjennomføre adekvat selvrensing.

3.3.2.6 Norsk rett

I dette underavsnittet skal vi kort behandle selvrensningsbestemmelsene i gjeldende norsk rett. Som vi har sett i kapittel 2.2 og avsnitt 3.2.2 kan konseptet om selvrensing forankres i EU-rettens og anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper.³³⁹ Dette innebærer at selv om direktiv 2004/18/EF ikke har regler om selvrensing, følger det av primærretten at det samme må gjelde etter dette direktivet, og dermed også i norsk rett. Tilsvarende er lagt til grunn av så vel Høyesterett som Kofa.³⁴⁰

I Kofa-sak 2011/206 (MBA), som allerede er omtalt under avsnitt 3.2.4, anførte innklagede at det ikke var plikt til å avvise leverandøren fordi selskapet hadde omorganisert virksomheten. Nemnden fant imidlertid at selskapet ikke hadde gjennomført tilstrekkelig selvrensing da tiltakene virket formelle, som kun tok sikte på å unngå avvisning og ikke forhindre fremtidig korrupsjon. Det kan imidlertid diskuteres om selvrensningsreglene uansett var det formelt riktige grunnlaget for å fravike avvisningsplikten i dette tilfellet. Dette fordi forbrytelsene prosjektlederen hadde begått, ikke kunne tilskrives selskapet. Dermed ble ikke MBA avvist fordi de hadde gjort seg skyldig i en relevant forbrytelse, men på grunn av sin assosiasjon til den straffedømte nøkkelpersonen. I slike tilfeller virker ikke selvrensningsreglene formelt anvendelig da reglene forutsetter at leverandøren har gjort noe galt.³⁴¹ I utgangspunktet kan

³³⁹ Jf. COM(2011) 15 s. 53

³⁴⁰ Jf. Rt. 2013 s. 1025 premiss 89, også FADs veileder s. 185, rundskriv 8/766 s. 19, NOU 2014:4 s. 241-242

³⁴¹ På samme måte må artikkel 57 (6) tolkes innskrenkende når den viser til at leverandører som er i en situasjon som nevnt i artikkel 57 (4) kan selvrense seg; leverandører som har gjort seg skyldig i en pågående mislighet (d,h,i) kan vanskelig selvrense seg, og tilsvarende kan det åpenbart ikke være meningen å kreve at leverandører som blir avvist på grunn av inhabilitet på oppdragsgivers hånd (e) skal måtte selvrense seg for å

det derfor ikke kreves annet enn at leverandøren kutter sine bånd til den straffedømte slik at disse ikke lenger er assosiert, og oppdragsgiver kan ikke utover dette kreve at leverandøren skal godtgjøre sin pålitelighet.

Ved gjennomføring av direktiv 2014/24/EU må norske myndigheter innta regler om selvrensing i FOA. I den forbindelse har forenklingsutvalget anbefalt at det bør gjelde samme regler om selvrensing over og under terskelverdiene. Etter utvalgets oppfatning er det mest hensiktsmessig om vurderingen av hvorvidt leverandøren har truffet tilstrekkelige selvrensingstiltak overlates til oppdragsgiver da dette «vil gi oppdragsgiver den nødvendig og tilstrekkelige fleksibiliteten til å tilpasse vurderingen til den konkrete anskaffelsen.»³⁴²

3.3.3 Oppsummering

Sammenfattet har vi sett at medlemsstatene ved gjennomføring av direktiv 2014/24/EU skal fastsette maksimal utestengelsesperiode ved obligatorisk avvisning, som ikke kan være lenger enn fem år fra datoen leverandøren ble rettskraftig dømt. Hvor lenge leverandører skal avvises følger derimot ikke av bestemmelsen og må derfor avgjøres av nasjonal lovgiver. For å sikre artikkel 57 (1) effektivt gjennomslag bør medlemsstatene fastsette proporsjonale og differensierte utestengelsesperioder i lovgivningen, eller ved svartelister. Videre har vi sett at direktiv 2014/24/EU, i tråd med EU-rettens og anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper, har innført nye regler om selvrensing. Straffedømte leverandører kan gjennom adekvate selvrensingstiltak forkorte utestengelsesperioden betydelig ved å treffe tiltak rettet mot fortiden, nåtiden og fremtiden, som forebygger fremtidige brudd på straffeloven. For at selvrensningsreglene skal sikres effektivt gjennomslag, og tjene som insentiv for straffedømte leverandører til å rydde fullstendig opp i egen virksomhet, bør det overlates til et eksternt organ å avgjøre om tiltakene er tilstrekkelige. Forenklingsutvalget anbefaler imidlertid at beslutningen skal overlates til den enkelte oppdragsgiver slik at han sikres fleksibilitet.

delta i senere konkurranser. Tilsvarende er det heller ikke mulig for fysiske personer å gjennomføre selvrensing, sml. artikkel 2 (1) 10.

³⁴² NOU 2014:4 s. 242

3.4 Domstolskontroll og prøvelsesintensitet

I dette kapitlet skal vi kort behandle spørsmål om domstolskontroll og prøvelsesintensitet. Som vi har sett i kapittel 2.5 er det i utgangspunktet opp til nasjonale domstoler å håndheve EØS-retten, og norske domstoler skal derfor håndheve oppdragsgivers plikt til å avvise etter direktivet. I tråd med EU/EØS-rettens grunnleggende prinsipper må nasjonale domstoler også prøve om avvisning oppfyller proporsjonalitetsprinsippet krav, og det er dette vi skal fokusere på det i følgende.

I tråd med proporsjonalitetsprinsippet skal domstolene prøve om avvisning er egnet og nødvendig for å forfølge formålet til kriminalitetsbekjempelse og tillit. Dersom domstolen etter en objektiv vurdering på bakgrunn av misgjerningens alvorlighet, tiden som er gått og leverandørens selvrensingstiltak finner at det fortsatt er grunn til å trekke leverandørens pålitelighet i tvil, vil avvisning være så vel egnet som nødvendig til å forfølge regelens formål. Så lenge leverandøren er upålitelig kan det vanskelig tenkes mindre inngripende tiltak som er like effektivt oppnår det valgte beskyttelsesnivå. Spørsmålet blir derfor i hvilken utstrekning domstolen skal prøve om avvisning utgjør et eksessivt inngrep i leverandørens rettigheter. Som nevnt i kapittel 2.3 unnlater ofte EU-domstolen å prøve om tiltak er proporsjonale i streng forstand, noe som blant annet har sammenheng med at vurderingen har et politisk tilsnitt da det innebærer å overprøve lovgivers eller forvaltningens vurdering.

Imidlertid trekker EU-domstolens praksis i retning av at prøvelsesintensiteten tiltar i styrke når det er tale om individuelle inngrep og sanksjoner.³⁴³ Domstolen har gjentatte ganger understreket at sanksjoner ikke kan stå i et slikt misforhold til ugjerningen som er begått at den avholder leverandører fra å benytte seg av rettighetene EU/EØS-retten gir dem.³⁴⁴ På samme måte må nasjonale domstoler sette til side en avvisningsbeslutning som «står i et sådant misforhold til lovovertrædelsens grovhet, at den kommer til at udgjøre en hindring» for fri bevegelse.³⁴⁵ Hvorvidt en avvisningsbeslutning er et eksessivt inngrep i leverandørens rettigheter beror på en interesseavveining mellom leverandørens rett til fri bevegelse og målet om kriminalitetsbekjempelse og tillit til offentlige myndigheter.

³⁴³ Fenger (2004) s. 647 med videre henvisninger

³⁴⁴ Jf. blant annet C-418/11 *Textdata* premiss 52, se også Hjelmeng og Søreide (2013) s. 672, se også Arrowsmith (2009) s. 15

³⁴⁵ Sak C-193/94 *Skanavi* premiss 36

Likevel er det ikke slik at domstolen skal prøve om avvisningsbeslutningen er rimelig – det må være et åpenbart misforhold mellom misgjerningen som er begått og beslutningen om avvisning.

Avvisningsgrunnene opplistet i artikkel 57 (1) omfatter svært grove forbrytelser, og den klare hovedregel er derfor at avvisning ikke vil utgjøre et eksessivt inngrep i leverandørens rettigheter.³⁴⁶ Ut i fra målet om å bekjempe alvorlig grenseoverskridende kriminalitet har EU-lovgiver gjennom direktivet nettopp begrenset straffedømte leverandørers rett til fri bevegelse. Leverandørens interesser ivaretas gjennom andre mekanismer i direktivet: kravet til rettskraftig dom; retten til begrunnelse; harmonisert utestengesperiode; og selvrensningsreglene. Så lenge leverandøren ikke har gjennomført tilstrekkelige selvrensing kan han vanskelig høres med at avvisning er et eksessivt inngrep i retten til fri bevegelse. Likevel kan det alltid tenkes unntak fra en klar hovedregel og proporsjonalitetsprinsippet vil derfor kunne utgjøre en sikkerhetsventil for særlige urimelige tilfeller.³⁴⁷ Dette må i så fall bero på en vurdering av de spesielle forhold som gjør seg gjeldende i den enkelte sak. Et nærliggende tilfelle kan tenkes hvor en ledelsespersone er rettskraftig dømt for en relativt sett mindre alvorlig forbrytelse, som er uten saklig tilknytning til leverandøren, og ligger langt tilbake i tid.

Hvis vi retter fokuset mot norsk rett har Kofa lagt til grunn at nemnden kan prøve om avvisning fremstår som et uforholdsmessig tyngende inngrep.³⁴⁸ Likevel har en avvisningsbeslutning ennå ikke blitt vurdert som uforholdsmessig i snever forstand, og i tråd med EU/EØS-retten det må antas at terskelen for å fravike avvisningsplikten er høy. Dette bør gjelde desto mer etter gjennomføringen av det nye direktivet som harmoniserer maksimal utestengesperiode, og gir straffedømte leverandører rett til å delta i konkurransen når disse har renvasket seg. Det bør derfor foreligge grov urimelighet før nemnden, eller domstolene, fraviker avvisningsplikten.

³⁴⁶ Slik også Preiss (2014) s. 116

³⁴⁷ Preiss (2014) s. 116

³⁴⁸ Kofa-sak 2011/206 premiss 33 flg., se kapittel 2.3

3.5 Sammenfatning

I dette kapitlet skal vi sammenfatte fremstillingen av de obligatoriske avvisningsreglene. Som vi har sett er artikkel 57 (1) en utestengelsesregel som tar mål av seg å forebygge kriminalitet og sikre allmennhetens tillit til anskaffelsesprosessen. For at disse målene skal oppnås må upålitelige leverandører holdes unna markedet for offentlige anskaffelser inntil de har gjenvunnet tilliten. I hvilken utstrekning avvisningsplikten får tilsiktet virkning vil bero på gjennomføring i nasjonal rett, og i de foregående kapitlene har vi sett at flere betingelser må være oppfylt.

For det første må tapet en straffedømt leverandør påføres som følge av utestengelse være større enn gevinsten han oppnår ved forbrytelsen.³⁴⁹ Derfor bør utestengelsesperioden øke proporsjonalt med profitten av forbrytelsen. For det andre må regler om utestengelse være gjennomsiktede.³⁵⁰ Det er først når vilkårene for utestengelse fremgår klart av lov eller forskrift at potensielle lovbreakere kan vite hvilket tap de risikerer som følge av utestengelse. For det tredje må reglene håndheves konsekvent, der den enkelte oppdragsgivers mulighet til å fravike avvisningsplikten av kommersielle grunner begrenses.³⁵¹

Imidlertid må hensynet til avvisningspliktens effektivitet avveies mot andre hensyn som gjør seg gjeldende. Med andre ord; hensyn på makronivå må avveies mot hensynet til effektivitet ved den enkelte konkurranse.³⁵² Som vi har sett kan avvisningsregler være opphav til vanskelige vurderinger på oppdragsgivers hånd, som kombinert med regler om forsvarlig saksbehandling kan forsinke prosessen og virke prosesskapende.³⁵³ Videre må regler om utestengelse overholde proporsjonalitetsprinsippet og kan derfor ikke gå lenger enn nødvendig. I fremstillingen ovenfor har vi imidlertid sett at medlemsstatene kan balansere disse hensynene ved hjelp av et klart definert utestengelsesregime.

Medlemsstatene kan ved gjennomføring av direktiv 2014/24/EU fastsette minimumsperioder for utestengelse i lovgivningen. Hvis utestengelsesperioden gjenspeiler alvorligheten av

³⁴⁹ Hjelmeng og Søreide (2013) s. 676 flg.

³⁵⁰ Transparency International (2006) s. 1

³⁵¹ Avsnitt 3.3.3, Hjelmeng og Søreide (2013) s.676 flg., Transparency International (2006) s.1

³⁵² Kapittel 2.2

³⁵³ Kapittel 2.5

forbrytelsen som er begått overholdes proporsjonalitetsprinsippet, og så lenge det er sammenheng mellom varigheten av utestengelsen og leverandørens profitt av lovbruddet, tjenes målet om kriminalitetsbekjempelse. Klart definerte regler øker også gjennomsiktigheten til utestengelsesreglene, og gir leverandører kunnskap om hvilke økonomiske konsekvenser en forbrytelse vil medføre. Ved å klargjøre rettstilstanden kan norske myndigheter på denne måten også gjøre reglene mer praktikable for nasjonale oppdragsgivere, og avhjelpe noe av kritikken som ble reist mot avvisningsreglene under forenklingsutvalgets utredning.³⁵⁴ Alternativt kan medlemsstatene innføre svartelister der sentraliserte organer bestemmer hvor lenge den enkelte leverandør skal avvises. Svartelisting av leverandører vil etter norsk rett utgjøre et enkeltvedtak som bringer kapittel 4 i fvl. til anvendelse, og således sikres en kontradiktorisk og etterprøvbar prosess.³⁵⁵

Dersom medlemsstatene innfører minimumsperioder i lovgivning, eller overlater beslutningen til sentraliserte beslutningsorganer, vil formålet med selvrensningsreglene styrkes. Dette forutsetter at selvrensing er den eneste måten å oppheve utestengelsesperioden, og hvis denne er tilstrekkelig lang vil straffedømte leverandører se seg nødt til å gjennomføre selvrensing for å unngå ytterligere tap. Ved at kravene som stilles til leverandøren i opprydningsprosessen må stå i forhold til profitten og omfanget av forbrytelsen, vil den reelle utestengelsesperioden bli avpasset den enkelte leverandørs situasjon.³⁵⁶ Ettersom hensikten med selvrensing er å forebygge fremtidige brudd på straffeloven vil et slikt system tjene målet om kriminalitetsbekjempelse og tillit. Det er imidlertid stadig en forutsetning at vilkårene for hva som anses som tilstrekkelig selvrensing fremgår klart av lov eller forskrift, i tillegg til at leverandøren kan få hjelp av veiledninger eller lignende med hensyn til hvordan selvrensningsprosessen kan gjennomføres.

For at utestengelsesregler effektivt skal nå målet om tillit og kriminalitetsbekjempelse er det også sentralt at selvrensningsvurderingen overlates til en ekstern beslutningstaker, der oppdragsgiver er avskåret fra å inngå kontrakt med straffedømte leverandører inntil ekstern beslutning foreligger. Slik kan det sikres en konsekvent og enhetlig praksis av et profesjonelt organ, hvor den enkelte beslutning treffes etter en etterprøvbar og kontradiktorisk prosess. For

³⁵⁴ Kapittel 2.5

³⁵⁵ Sml. NOU 2003:15 kapittel 11.3.4.2

³⁵⁶ Sml. rundskriv 8/766 s. 18

oppdragsgiver vil det være en fordel at han fritas fra ofte kompliserte og tidkrevende vurderinger, som kan forsinke og fordyre prosessen. På denne måten ser vi at hensyn på makronivå balanseres med hensyn på mikronivå.

Imidlertid skal vi påpeke en ytterligere betingelse for at avvisningsplikten effektivt skal forebygge kriminelle handlinger og sikre allmennhetens tillit. Ettersom avvisningsplikten først utløses når leverandøren er rettskraftig dømt, er det sentralt at domstolene ikke bruker regler om avvisningsplikt som motargument ved spørsmål om foretaksstraff. Dette var imidlertid tilfelle i Rt. 2013 s. 1025. I saken var Norconsult funnet skyldig i medvirkning til grov korrupsjon i forbindelse med et prosjekt i Tanzania. Spørsmålet for Høyesterett var om selskapet skulle idømmes foretaksstraff etter strl.§ 48 a. Førstvoterende fant først at selskapets manglende tiltak for å hindre korrupsjon i egne rekker, og grovheten av korrupsjonen som var begått, klart talte for å idømme foretaksstraff. Mot dette la førstvoterende, med tilslutning fra flertallet, vekt på at avvisning «vil kunne føre til uforholdsmessige konsekvenser for selskap som har fått foretaksstraff på grunn av korrupsjon». I tillegg til tidsmomentet la førstvoterende også vekt på at Norconsult hadde gjennomført selvrensing, og frifant til slutt selskapet. Selv om konsekvensene av avvisning ikke ble funnet avgjørende, innebærer Høyesteretts tilnærming at formålet med avvisningsplikten svekkes. Avvisningsplikten skal som nevnt styrke straffebudets effekt, og det virker derfor paradoksalt at reglene blir brukt som argument mot straff når de øvrige straffbarhetsbetingelsene er oppfylt.³⁵⁷

Norconsult-saken viser hvor viktig det er at lovgiver innfører klare og forutberegnelige regler om selvrensing og utestengelse.³⁵⁸ Dette fordi de uklare reglene i gjeldende rett nettopp gjorde det vanskelig for retten å overskue de kommersielle konsekvensene en straffedom ville få for selskapet. Ved gjennomføringen i nasjonal rett må reglene om utestengelsesperiode og selvrensing forstås i lys av hverandre. Reglene må inngå i et symbiotisk og helhetlig system, der lengden på utestengelse skal gi leverandører insentiv til å forebygge fremtidige brudd på straffeloven ved at utestengelsesperioden kan reduseres betydelig gjennom selvrensing.

Til slutt er det imidlertid viktig å understreke at effekten av utestengelse for bekjempelse av alvorlig kriminalitet ikke må overdrives. Kriminelle organisasjoner kan stadig orientere seg

³⁵⁷ Tilsvarende kritikk er reist mot britiske påtalemyndigheter, jf. Corruption Watch Paper (2010) s. 2 flg.

³⁵⁸ Hjelmeng og Søreide (2014) s. 11

mot andre markeder, og konsekvensene av å bli fordrevet fra den legale økonomien kan være at organisasjonene øker innsatsen i den illegale økonomien.³⁵⁹ Men dette er ikke et argument mot regler om utestengelse, tvert i mot. Regler om utestengelse er ett av mange hensiktsmessige virkemidler som må inngå i en holistisk politikk.³⁶⁰ Først på denne måten kan EU og medlemslandene gjennom et grenseoverskridende samarbeid bekjempe kriminalitet som undergraver tilliten til demokratiske institusjoner, og svekker sosial rettferdighet.

³⁵⁹ Se Jacobs og Anechiarico (1992) s. 64 flg.

³⁶⁰ Jf. TEUV artikkel 7

4 Avvisningsrett

I dette kapitlet behandles medlemsstatenes rett til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige tjenestefeil etter artikkel 57 (4) c i direktiv 2014/24/EU og FOA § 20-12 (2) d. Overordnet skiller avvisningsretten seg grunnleggende fra avvisningsplikten. Som vi så i kapittel 2.2 strekker medlemsstatenes rett til å avvise lenger enn plikten, og det er opp til nasjonal lovgiver å bestemme i hvilken utstrekning avvisningsretten skal gjennomføres i nasjonal rett. Så lenge oppdragsgiver er innrømmet skjønn til avgjøre om leverandører skal avvises, er det mest sentrale formålet med artikkel 57 (4) c å beskytte oppdragsgivers tillit til leverandøren som kontraktspart. I lys av dette skal vi i det følgende først behandle vilkårene for avvisning i kapittel 4.1 og, i forlengelsen av dette, identifikasjon i kapittel 4.2. Hvorvidt avvisningsvilkårene er oppfylt er et spørsmål om leverandøren, eller noen han kan identifiseres med, faktisk har begått en misgjerning som berettiger avvisning. Så lenge det er tale om historiske misligheter følger det imidlertid av proporsjonalitetsprinsippet at det også må være anledning til å vurdere om leverandøren på tidspunktet for anbudskonkurransen – til tross for en fortidig misgjerning – likevel er pålitelig. Dette behandler vi nærmere i kapittel 4.3 under overskriften «avvisningsvurderingen». I kapittel 4.4 behandles temaet domstolens prøvelsesintensitet, før det følger en sammenfatning i kapittel 4.5.

4.1 Vilkår for avvisning

I det følgende skal vi se nærmere på vilkårene som må være oppfylt for at avvisning er berettiget etter direktivet. Artikkel 57 (4) c oppstiller to vilkår. For det første at leverandøren har gjort seg skyldig i en *alvorlig tjenestefeil*. For det andre må tjenestefeilen trekke leverandørens *integritet* i tvil. Disse vilkårene skal behandles separat i avsnitt 4.1.1 og 4.1.2. I avsnitt 4.1.3 behandles norsk rett, før spørsmål om bevis behandles i avsnitt 4.1.4.

4.1.1 Alvorlige tjenestefeil

Artikkel 57 (4) c viderefører rettstilstanden etter direktiv 2004/18/EF artikkel 45 (2) d når den foreskriver at oppdragsgiver kan avvise leverandører som «i forbindelse med udøvelsen af erhvervet» har begått «alvorlige forsømmelser».³⁶¹ Med andre ord kan leverandøren bare avvises for misgjerninger begått i yrkessammenheng. Oppdragsgiver har derfor ikke hjemmel

³⁶¹ Tidligere het det riktignok «fejl», men dette er uten betydning, se også Preiss (2014) s. 118

til å avvise en leverandør hvis daglig leder eksempelvis har brukt svart arbeidskraft ved oppussing av privat bolig.

Videre følger det av ordlyden at leverandøren må ha gjort seg skyldig i en «forsømmelse». Sammenholdt med kravet om at handlingen må være begått i yrkessammenheng omfatter dette alle typer tjenestefeil (professional misconduct). Dette ble også lagt til grunn av EU-domstolen i *Forposta-saken*, som gjaldt avvisning grunnet fortidig mislighold av kontrakt.³⁶² Domstolen vurderte bestemmelsen etter direktiv 2004/18/EF artikkel 45 (2) d, og fant i premiss 27 følgende:

«Det bemærkes i denne forbindelse, som den polske regering med rette har anført, at begrebet »fejl i forbindelse med udøvelsen af sit erhverv« omfatter enhver culpøs adfærd, der har indvirkning på den pågældende operatørs faglige troværdighed, og ikke kun de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv, som denne operatør tilhører, i snævreste forstand, som konstateres af et vedrørende dette erhverv fastsat disciplinært organ, eller ved en retskraftig dom.» (Min understreking)

Domstolen tolker vilkåret vidt når den legger til grunn at et hvert avvik fra forsvarlig handlemåte i yrkesutøvelsen er en tjenestefeil. Ved fastleggelsen av handlenormen kan det altså både ses hen til bransjespesifikke normer og generelle krav i lovgivningen, i tillegg til allmenetikk. Likevel er det ikke tilstrekkelig at leverandøren ved handling eller unnlatelse har opptrådt i strid med hva som er forsvarlig – forsømmelsen må være «alvorlig». I *Forposta* viste Domstolen til at:

«Begrebet »alvorlig fejl« skal imidlertid i almindelighed anses for at henvise til en adfærd hos den pågældende økonomiske aktør, hvilket angiver en misligholdelseshensigt eller uagtsomhed af en vis alvor hos denne. Enhver delvis, upræcis eller mangelfuld opfyldelse af en kontrakt eller en del af denne kan således eventuelt påvise en begrænset faglig kompetence hos den pågældende økonomiske operatør, men er ikke automatisk lig med en alvorlig fejl.»³⁶³ (min understreking)

³⁶² Sak C-465/11 *Forposta*

³⁶³ Jf. C-465/11 *Forposta* premiss 30

Domstolen tolker heller ikke vilkåret «alvorlig» særlig strengt da det er tilstrekkelig med uaktsomhet av et «vis alvor». Dette innebærer at skyldgraden er lavere enn skyldgraden «grov uaktsomhet» i norsk strafferett og erstatningsrett.³⁶⁴ Imidlertid tilsier skyldmomentet at det primært er handlingen som må være alvorlig, og ikke konsekvensene av denne.³⁶⁵ Det er først når leverandøren har opptrådt tilstrekkelig klanderverdig at det er grunn til å trekke i tvil hans faglige troverdighet.³⁶⁶ Således er det som hovedregel ikke avgjørende at han har begått en feil med alvorlige konsekvenser med mindre oppdragsgiver kan påvise en grad av uaktsomhet.

Om vi sammenholder Domstolens premisser gjengitt ovenfor finner vi at leverandørens «faglige troværdighed» er noe annet enn hans «faglig kompetence» til å oppfylle ytelsen kontraktsmessig. Kravene til leverandørens faglige kompetanse følger primært av kvalifikasjonskravene etter artikkel 58, ikke artikkel 57 (4) c. Det er altså ikke faglig perfeksjon som er vurderingstemaet, og derfor er terskelen for å avvise høy når det er tale om objektivt ansvar for mislighold av kontrakt.³⁶⁷ Dette må også ses i sammenheng med at avvisningsreglene ikke skal brukes som et supplement til kontraktsrettens misligholdregler. Det nye direktivet innfører imidlertid en egen hjemmel for å avvise leverandører på grunn av tidligere mislighold av kontrakt med det offentlige i artikkel 57 (4) g, og dette reguleres derfor ikke lenger av bokstav c. Derimot vil kontraktsbrudd med andre enn det offentlige fortsatt måtte vurderes etter artikkel 57 (4) c.

Direktivet innfører også egne avvisningsregler for misligheter leverandøren har begått under den aktuelle konkurransen, slik som eksisterende konkurransebegrensende avtaler,³⁶⁸ informasjonssvikt,³⁶⁹ eller urettmessig påvirkning av beslutningsprosessen.³⁷⁰ Tidligere brudd på konkurransereglene ved offentlige anskaffelser må derimot vurderes etter artikkel 57 (4) c. Dette gjelder også der oppdragsgiver finner at leverandøren tidligere har

³⁶⁴ Sml. Rt. 1989.1318

³⁶⁵ Se også Steincike og Goresmeyer (2008) s. 1146

³⁶⁶ Premiss 27

³⁶⁷ Premiss 29 og 30

³⁶⁸ Jf. artikkel 57 (4) d. Det fremstår noe eiendommelig at det ikke er en avvisningsplikt i slike tilfeller.

³⁶⁹ Jf. artikkel h og i

³⁷⁰ Artikkel 57 (4) i

brutt konkurranselovgivningen, for eksempel ulovlig prissamarbeid etter konkurranseloven § 29, uavhengig om dette har skjedd i forbindelse med offentlige anskaffelser eller ikke.³⁷¹

Etter artikkel 57 (4) bokstav a kan oppdragsgiver når som helst under prosedyren avvise leverandører som i forbindelse med gjennomføringen av offentlige kontrakter bryter miljø-, arbeid-, eller sosiallovgivning, eller konvensjoner i angitt i vedlegg X.³⁷² Bestemmelsen er ett av flere eksempler på at EU gir medlemsstatene incentiv til å bruke offentlige anskaffelser til å beskytte miljø og ivareta sosiale hensyn.³⁷³ Likevel fremstår artikkel 57 (4) a som en symbolsk bestemmelse som ikke tilfører en realitetsendring i gjeldende rett. Dette fordi leverandører alltid har plikt til å følge loven, og manglende etterlevelse kan også etter direktiv 2004/18/EF artikkel 45 (2) d føre til avvisning. Der leverandøren i andre tilfeller enn ved offentlige anskaffelser har brutt lovgivningen angitt i artikkel a må avvisning vurderes etter artikkel 57 (4) c.

EU-domstolens vide tolkning av artikkel 45 (2) d har gjort det unødvendig for lovgiver å videreføre tidligere artikkel 45 (2) c, som viste til at oppdragsgiver kunne avvise leverandører som ved rettskraftig dom var dømt for en straffbar handling.³⁷⁴ Likevel er en konsekvens av dette at perioden for avvisning reduseres så lenge tidsfristen begynner å løpe fra tidspunktet misgjerningen ble begått, og ikke da dommen ble rettskraftig.³⁷⁵ Videre klargjør fortalens punkt 101 rettstilstanden ved å gi medlemsstatene anledning til å avvise leverandører før disse er rettskraftig dømt, for eksempel på grunn av forbrytelser nevnt i artikkel 57 (1), forutsatt at avvisende myndighet kan bevise at leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige tjenestefeil.³⁷⁶ Det samme bør gjelde når leverandøren er frikjent for en straffbar handling, da det gjelder andre beviskrav ved avvisning enn i strafferetten.³⁷⁷ Artikkel 57 (4) c vil også omfatte de tilfeller en domstol har funnet leverandøren skyldig i en straffbar handling, men

³⁷¹ Motsatt Preiss (2014) s. 119-120

³⁷² Artikkel 57 (4) a sammenholdt med 18 (2), se også artikkel 56 (2)

³⁷³ Fortalens punkt 2, COM(2011) 15 s. 33 flg., COM(2008) 400

³⁷⁴ Preiss (2014) s. 118

³⁷⁵ Artikkel 57 (7), kapittel 2.2

³⁷⁶ Fortalen punk 101.

³⁷⁷ I slike tilfeller må oppdragsgiver likevel trå varsomt for ikke å komme på kant med uskyldspresumsjonen. Av hensyn til avhandlingens omfang må jeg avgrense mot denne problemstillingen.

fritar eller lempet straffen etter et fakultativt skjønn,³⁷⁸ eventuelt når konkurransemyndighetene har gitt leverandøren amnesti.³⁷⁹

Sammenfattet kan artikkel 57 (4) c betraktes som en sekkebestemmelse som omfatter både historiske og pågående misligheter, enten det er tale om brudd på lovgivning eller yrkesetiske normer i snever forstand. Likevel vil ikke enhver alvorlig tjenestefeil medføre avvisning – feilen må så tvil om leverandørens *integritet*.

4.1.2 Integritet

Sammenholdt med foregående direktiv innfører artikkel 57 (4) c et nytt vilkår ved å foreskrive at misgjerningen må så tvil om leverandørens «integritet». Selv om tilsvarende ikke fulgte av direktiv 2004/45/EF artikkel 45 (2) d er vilkåret bare en presisering av rettstilstanden. Som vi så ovenfor fant Domstolen i Forposta at bestemmelsen rettet seg mot handlinger som har innvirkning på «leverandørens troverdighet», og i premiss 31 presiserte Domstolen at vilkåret: «...«alvorlig feil» krever at der foretages en konkret og individuell vurdering af den pågældende økonomiske operatørs holdning.»³⁸⁰ Den polske bestemmelsen var på sin side uforenlig med artikkel 45 (2) d fordi:

«Den i hovedsagen omhandlede lovgivning fastlægger endvidere selv de parametre, hvorefter en tidligere adfærd hos en økonomisk aktør pålægger den pågældende ordregivende myndighed automatisk at udelukke denne aktør fra en nyligt indledt procedure for tildeling af en offentlig kontrakt, uden at give denne ordregivende myndighed mulighed for i hvert enkelt tilfælde at bedømme grovheden af den nævnte operatørs angivelige forsømmelige adfærd i forbindelse med gennemførelsen af den tidligere kontrakt.»

Det er interessant å merke seg at Domstolens fortolkning i Forposta er i samsvar med rettspraksis som prøver nasjonale avvisningsregler mot proporsjonalitetsprinsippet.³⁸¹ Også i *Michanaki*, *Assitur* og *Serrantoni* fant Domstolen at absolutte avvisningsregler uten mulighet

³⁷⁸ Sml. straffeloven § 48 a og b, konkurranseloven § 29

³⁷⁹ Jf. konkurranseloven § 30

³⁸⁰ Se svensk versjon som viser til «inställning», og fransk versjon som viser til «de l'attitude de l'opérateur économique concerné».

³⁸¹ Se kapittel 2.3

til å foreta en konkret vurdering var i strid med EU-retten.³⁸² Dette kan forstås i lys av at harmonisert lovgivning nettopp er uttrykk for hva som er proporsjonalt innen EU/EØS.³⁸³ For at avvisning etter artikkel 57 (4) c skal tjene målet om å beskytte oppdragsgiver må nasjonale gjennomføringsbestemmelser gi rom for en konkret vurdering av hvorvidt leverandører har gjort seg skyldig i en misgjerning som gjør ham uegnet som kontraktspart.³⁸⁴ De viktigste momentene i denne vurderingen er misgjerningens *grovhet* og *arten av ytelsen og kontrakten* anskaffelsen gjelder.

Misgjerningens *grovhet* er det mest sentrale momentet i vurderingen av om leverandøren er uegnet som kontraktspart. Det følger av direktivets forale at enkelttilfeller av mindre uregelmessigheter som den klare hovedregel ikke skal føre til avvisning.³⁸⁵ Handlingens *grovhet* vil for det første bero på karakteren av misgjerningen som er begått, der graden av utvist skyld er av betydning. Det er for eksempel forskjell på de tilfeller et ellers pålitelig firma har gjort seg skyldig i alvorlige tjenestefeil på grunn av manglende instruksjon og kontroll overfor en underordnet ansatt, og de tilfeller et firma er dømt for omfattende underslag begått av ledelsen. For det andre vil misgjerningens alvorlighet bero på tilknytningen handlingen har til leverandørens virksomhet og forretningsførsel. Et utgangspunkt kan være at jo nærmere tilknytning misgjerningen har til leverandørens kjerneoppgaver, jo grovere er misgjerning. Det er større grunn til å betvile leverandørens integritet hvis han har overtrådt lovgivning som direkte angår hans virksomhet, enn hvis leverandøren har brutt et komplisert regelverk som er fjernt fra hva han vanligvis beskjeftiger seg med.

Ettersom avvisningsretten skal beskytte oppdragsgiver og sikre tillit til leverandøren som skal levere anskaffelsen, kan rekkevidden av avvisningsretten variere etter *arten av ytelsen og kontrakten*. Utgangspunktet er at oppdragsgiver ikke kan stille strengere krav til leverandøren enn det anskaffelsens art og verdi tilsier. Ved samfunnsviktige anskaffelser og prestisjeprosjekter kan det for eksempel være grunn til å stille strengere krav til pålitelighet enn ved innkjøp av genussytelser. Tilsvarende kan graden av samarbeid mellom

³⁸² Se også sak C-240/78 *Atlanta* premiss 15

³⁸³ Jf. Jans (2005) s. 2

³⁸⁴ Fortalens punkt 101

³⁸⁵ Jf. fortalens punkt 101

kontraktpartene i avtaleperioden være av betydning, og det kan være grunn til å stille strengere krav ved rammeavtaler enn ved enkeltleveranser. Graden av samarbeid kan også variere etter hvilken anskaffelsesprosedyre som velges. Det kan for eksempel anses påkrevd med større grad av tillit til leverandører i et innovasjonspartnerskap etter artikkel 31 enn ved åpen anbudskonkurranse etter artikkel 27.

Hvis det er tale om særlige sensitive kontrakter kan det være grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen om skyld som ble oppstilt i *Forposta-avgjørelsen*. Domstolen tok et forbehold ved å vise til at alvorlig feil «i almindelighed» krever uaktsomhet av et visst alvor.³⁸⁶ Unntakstilfeller kan særlig tenkes hvor leverandørens feil har forårsaket alvorlige konsekvenser. Vi kan bruke en historie fra virkeligheten til å problematisere dette. Da svineinfluensaen herjet som verst ble mange barn vaksinert med Pandemrix etter anbefalinger fra helsemyndighetene. I ettertid viste det seg at narkolepsi var en mulig bivirkning av vaksinen, og i Norge har flere barn fått utbetalt pasientskadeerstatning. Dersom vi forutsetter at bivirkningen skyldtes feil begått av produsenten, GlaxoSmithKleine, må det være grunn til å gjøre unntak fra kravet til skyld ved senere anskaffelser av andre typer vaksiner. Så lenge det er tale om svært sensitive anskaffelser trenger oppdragsgiver beskyttelsen avvisningsretten gir inntil leverandøren har gjennomført tilstrekkelige selvrensingstiltak.

Eksempelet viser at det også har betydning om feilen som er begått angår ytelsen som skal leveres. Således ville det neppe vært grunn til å gjøre unntak fra hovedregelen om skyld dersom GlaxoSmithKleine deltok i en anbudskonkurranse om leveranser av bandasjer eller lignende hyllevarer. I tråd med hva vi fant i avsnitt 4.1.1 er det likevel ikke slik at feilen som er begått må ha tilknytning til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten.³⁸⁷ Tvert i mot følger det uttrykkelig av direktivets forale at alvorlige tjenestefeil som sår tvil om leverandørens integritet kan gjøre ham uegnet som kontraktpart «uanset om den økonomiske aktør i øvrigt har den tekniske og økonomiske kapasitet til at gjennomføre kontrakten».³⁸⁸ Dette samsvarer med EU-domstolens vurdering av avvisningsreglene hvor det er

³⁸⁶ Se også fortalens punkt 101

³⁸⁷ Se også Trepte (2007) s. 337, Arrowsmith og Kunzlik (2009) s. 229-228

³⁸⁸ Punkt 101

leverandørens manglende troverdighet og pålitelighet som er av betydning, og ikke hvorvidt han ellers oppfyller kvalifikasjonskravene.³⁸⁹

Ettersom artikkel 57 (4) c ikke knytter seg til leverandørens evne til å oppfylle kontrakten kan enkelte forsømmelser kunne betegnes som uakseptable uansett anskaffelse.³⁹⁰ Dette fordi oppdragsgiver må kunne beskytte seg mot kritikk fra allmennheten ved å distansere seg fra leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige lovbrudd. Selv om artikkel 57 (4) c er relativ må det altså gjelde et absolutt minstekrav til leverandørens integritet, slik at betydningen av den forestående anskaffelsens art reduseres jo mer alvorlig handlingen er. For eksempel leverandører som har gjort seg skyldige i grove misgjerninger som i seg selv gjør ham uegnet som kontraktspart vil kunne avvises fra alle anskaffelser som omfattes av direktivet.

Hvilke handlinger som kan diskvalifisere leverandører fra samtlige anskaffelser er primært opp til medlemsstatene å bestemme, på bakgrunn av særlige sosiale, historiske, og rettslige overveielser på nasjonalt plan.³⁹¹ Artikkel 57 (4) c kan således, som sin forgjenger, betraktes som et relativt fleksibelt verktøy som medlemsstatene kan bruke til å forfølge sektorovergripende politikk avhengig av hvilke utfordringer som gjør seg gjeldende nasjonalt. Et illustrerende eksempel kan utledes fra Nord-Irland hvor diskriminering på religiøst grunnlag er en forståelig avvisningsgrunn. I land med særlig utfordringer med kjønnsdiskriminering kan medlemstatene tilsvarende foreskrive avvisning der leverandøren har brutt bestemmelser om likestilling, for eksempel om representasjon av kvinner i styret.³⁹²

4.1.3 Norsk rett

I norsk rett gjenspeiler FOA § 20-12 (2) d artikkel 45 (2) d i direktiv 2004/18/EF, hvoretter oppdragsgiver kan avvise leverandører som «har gjort seg skyldig i alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav i vedkommende bransje». Av ordlyden i FOA § 20-12 (2) d følger det dermed at leverandører bare kan avvises når forsømmelsen er begått i

³⁸⁹ Sak C-465/ 11 *Forposta* premiss 27, forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 21

³⁹⁰ Arrowsmith og Kunzlik (2009) s. 229-228

³⁹¹ Forente saker C-226/04 og C-228/04 *La Cascina* premiss 23

³⁹² For en generell redegjørelse se Social and Environmental Policies in EC Procurement Law (2009)

yrkessammenheng.³⁹³ Vilåret om at feilen må være en alvorlig tilsidesettelse av krav i «vedkommende bransje» kan være noe misvisende ettersom det konnoterer at leverandøren må ha overtrådt en bransjenorm i snever forstand. I *Forposta* ga Domstolen klart uttrykk for at bestemmelsen omfatter mer enn «de overtrædelser af regler og standarder for fagetik for det erhverv som denne operatør tilhører, i snævre forstand».³⁹⁴ Veiledningen ser ut til å ha tatt høyde for dette ved å vise til at bestemmelsen omfatter mer enn brudd på profesjonsetiske retningslinjer.³⁹⁵

I alle tilfeller må forsømmelsen være «alvorlig». I departementets veileder er det lagt til grunn at forsømmelsen må være av vesentlig betydning og relevant for den konkrete anskaffelsen.³⁹⁶ Det er videre klart at det ikke er krav til rettskraftig dom, men i gjeldende rett er det diskutert om FOA § 20-12 (2) c er til hinder for at oppdragsgiver under henvisning til bokstav d avviser en leverandør som ennå ikke er rettskraftig dømt.³⁹⁷ Ettersom dette er avklart i det nye direktivet skal ikke denne problemstillingen forfølges her. Imidlertid er det neppe hensiktsmessig å videreføre FOA § 20-12 (2) c da direktivet ser ut til å være til hinder for at avvisningsperioden løper fra tidspunktet dommen ble rettskraftig.³⁹⁸

I lys av så vel *Forposta-dommen* som proporsjonalitetsprinsippet er det videre klart at feilen som er begått må ha innvirkning på leverandørens integritet, slik at rettstilstanden ikke endres på dette punkt ved at artikkel 57 (4) c tilfører et slikt vilkår. Med andre ord må feilen være av betydning for leverandørens egnethet som kontraktspart.³⁹⁹ Hvorvidt dette er tilfelle vil – som behandlet i avsnitt 4.1.2 – bero på hva slags ytelse og avtale det er tale om, sammenholdt med alvorligheten av misgjerningen som er begått. Dette er også lagt til grunn i Kofa-praksis. I sak 2009/28 var selskapet Pro Handy blitt avvist fra en anbudskonkurranse for anskaffelse av rammeavtaler på håndverktjenester. Dette var begrunnet i at en nøkkelperson i selskapet var rettskraftig dømt for flere brudd på straffeloven, herunder bedrageri og dokumentforfalskning.

³⁹³ Avsnitt 4.1.1

³⁹⁴ Sak C-465/11 *Forposta* premiss 27

³⁹⁵ FADs veileder s. 187-188

³⁹⁶ FADs veileder s.187

³⁹⁷ Jf. Rundskriv 8/766 s. 5-6, Dragsten (2013) s. 533

³⁹⁸ Artikkel 57 (7)

³⁹⁹ Fortalens punkt 101

Nemnden fant at det var i samsvar med proporsjonalitetsprinsippet å avvise leverandøren i lys av at:

«Anskaffelsen gjelder en rammeavtale med 2 års varighet, samt 1 + 1 opsjonsår. Slike langvarige kontrakter forutsetter løpende lojalt samarbeid mellom partene. Generelt må det kunne legges til grunn at desto høyere grad av samarbeid det er mellom innklagede og leverandør, desto lavere terskel må det være for straffbare forhold hos leverandøren.»⁴⁰⁰

Fra så vel underrettspraksis som øvrig Kofa-praksis kan vi finne flere eksempler på handlinger som har blitt bedømt som alvorlige nok til å berettige avvisning: brudd på arbeidsmiljølovens bestemmelser om overtidsbetaling og arbeidstid;⁴⁰¹ forsettlig overfakturerings;⁴⁰² interessekonflikt;⁴⁰³ kundepleietiltak;⁴⁰⁴ urettmessig påvirkning på beslutningsprosessen.⁴⁰⁵

Gjennomgangen av norsk rett viser at FOA § 20-12 (2) d gjenspeiler direktivets avvisningsregel, og lovgiver har således ikke benyttet handlingsrommet direktivet gir til å utpense avvisningsgrunner som utgjør særlig brudd på norske verdier. Det er mulig dette blir videreført dersom departementet benytter forenklingsutvalgets forslag også på anskaffelser over terskelverdien, hvorefter oppdragsgiver skal ha rett til å avvise hvis: «han mener[...] at leverandøren ikke har tilstrekkelig integritet».⁴⁰⁶

4.1.4 Bevis

I dette avsnittet skal spørsmål om bevis behandles. Det fremgår av artikkel 57 (4) bokstav c at leverandører kan avvises når «den ordregivende myndighed med ethvert passende middel kan vise» at leverandøren har gjort seg skyldig i en alvorlig tjenestefeil. Det følger av ordlyden at det er oppdragsgiver som har bevisbyrden ved avvisning, og som vi så ovenfor har

⁴⁰⁰ Premiss 37

⁴⁰¹ TOBYF-2013-209810

⁴⁰² TOBYF-2010-90098

⁴⁰³ Kofa-sak 2006/153

⁴⁰⁴ Kofa-sak 2006/153

⁴⁰⁵ Kofa-sak 2008/2

⁴⁰⁶ NOU 2014:4 s. 293, 207

leverandøren krav på begrunnelse som viser at bevisbyrden er oppfylt.⁴⁰⁷ I det følgende skal vi først se nærmere på krav til sannsynlighet i underavsnitt 4.2.4.1 og deretter bevismidler i 4.2.4.2.

4.1.4.1 Sannsynlighetskrav

Anskaffelsesdirektivet er taust når det gjelder hvilke krav til sannsynlighet som kreves ved avvisning etter artikkel 57 (4) c. I tråd med prinsippet om medlemsstatenes prosessuelle autonomi må spørsmålet om sannsynlighetskrav derfor bero på intern rett.

I norsk sivilprosess gjelder det et alminnelig krav om sannsynlighetsovervekt,⁴⁰⁸ noe som også er utgangspunktet ved avvisning fra offentlige anskaffelser.⁴⁰⁹ I NOU 2014:4 foreslår utvalget å kodifisere dette i FOA ved at oppdragsgiver «kan avvise en leverandør når han mener det er overveiende sannsynlig at leverandøren ikke har tilstrekkelig integritet». Spørsmålet er imidlertid om det i enkelte tilfeller må oppstilles et krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt.

Høyesterett har ved flere anledninger oppstilt strengere sannsynlighetskrav når det har vært tale om å legge til grunn et «særlig belastende faktum» for parten. Disse dommene gjelder riktignok ikke avvisning på grunn av straffbare eller kritikkverdige forhold, men som vi skal se i det følgende kan de like fullt ha overføringsverdi til vårt tema. Den første dommen som skal nevnes er Rt. 2007 s. 1217 hvor Høyesterett fant at inndragning av fangst etter saltvannsfiskeloven § 11 (3) ikke var straff etter EMK art. 6. Spørsmålet om sannsynlighetskrav måtte derfor løses etter alminnelige prinsipper for bevisbedømmelse i sivile saker. Med utgangspunkt i dette fant Høyesterett følgende:

«Siden vedtaket bygger på at A har begått en straffbar handling, og vedtaket ikke bare har følgbare økonomiske følger for ham, men også vil kunne få konsekvenser for den tillit han har behov for i sin næringsutøvelse, mener jeg at det - ut fra alminnelige norske prinsipper for bevisbedømmelse - også for denne sanksjonen må stilles krav om

⁴⁰⁷ Jf. kapittel 2.5.4

⁴⁰⁸ Rt. 1992 s. 64, Se også Mæland s. 190,

⁴⁰⁹ Slik også TOBYF-2010-172901

klar sannsynlighetsovervekt for at den handling som danner grunnlag for sanksjonen, er begått».⁴¹⁰

Dette ble også lagt til grunn i Rt. 2007 s. 1851 som gjaldt spørsmål om tilbakekall av legeautorisasjon etter helsepersonelloven § 57 som følge av seksuelle overgrep mot. Innledningsvis fant førstvoterende at bestemmelsen omfatter svært ulike forhold, og det kunne derfor ikke oppstilles en generell regel om sannsynlighetsovervekt ved tilbakekall av autorisasjon. Det måtte isteden foretas en konkret vurdering, der hensynet til pasientsikkerhet og allmennhetens tillit til helsevesenet avveies mot hensynet til yrkesutøveren.⁴¹¹ Etter en konkret vurdering fant flertallet at ettersom det var «... tale om å legge til grunn eldre forhold av sterkt infamerende karakter, og disse forhold ikke har noen umiddelbar tilknytning til den aktuelle yrkesutøvelse, må det stilles krav om kvalifisert sannsynlighetsovervekt».⁴¹²

Basert på disse dommene må spørsmål om krav til sannsynlighet bero på en konkret vurdering, og i vårt tilfelle må hensynet avvisningsregelen bygger på avveies mot hensynet til leverandøren. Etter artikkel 57 (1) c er gjennomført i norsk rett kan det i tråd med dette tenkes tilfeller hvor det må gjøres unntak fra den alminnelige regelen om sannsynlighetsovervekt. Dette fordi bestemmelsens parallell i norsk rett også vil omfatte straffbare forhold. Dersom det er tale om å legge til grunn handlinger av sterk infamerende karakter kan hensynet til leverandøren tilsi at det legges til grunn et krav om sannsynlighetsovervekt. Dette fordi avvisning på grunn av straffbare forhold kan påføre leverandøren store økonomiske tap, ikke bare som følge av selve avvisningsbeslutningen, men også fordi avvisning på et slikt grunnlag kan forårsake et omdømmetap som svekker den tillit leverandøren har behov for i sin yrkesutøvelse. På bakgrunn av dette vil en bestemmelse som tilsvarer forenklingsutvalgets forslag måtte tolkes innskrenkede i de tilfeller det er tale om å legge til grunn et særlig belastende faktum.

⁴¹⁰ Premiss 67

⁴¹¹ Dette gjenspeiler Høyesteretts vurdering i Rt. 2006 s. 1657, der spørsmål om proformaekteskap ble vurdert etter det alminnelige overvektsprinsipp ettersom kontrollhensynet ble ansett særlig tungtveiende.

⁴¹² Premiss 36

4.1.4.2 Bevismidler

I det følgende skal vi se nærmere på hvilke bevismidler oppdragsgiver kan basere seg på ved avvisning. Som vi så i underavsnitt 3.1.4.2 kan oppdragsgiver ikke etterspørre annen dokumentasjon enn det som fremgår av artikkel 60. Dokumentasjonen oppstilt i artikkel 60 (2) gjelder imidlertid kun avvisningsgrunnen i artikkel 57 (1) 57 (2) og 57 (4) b, slik at oppdragsgiver ikke er gitt rett til å etterspørre dokumentasjon om forhold omfattet av 57 (4) c.⁴¹³

Imidlertid kan oppdragsgiver i kraft av den alminnelige handlefriheten foreta egne undersøkelser. I den forbindelse følger det av artikkel 57 (4) c at oppdragsgiver kan bruke «ethvert passende middel» for å bevise at leverandøren har gjort seg skyldig i en alvorlig tjenestefeil.⁴¹⁴ I motsetning til artikkel 57 (1) er det som nevnt ikke krav til rettskraftig dom, og ordlyden setter ingen begrensninger utover at midlene må være formålstjenlige til å bevise at misgjerningen med tilstrekkelig sannsynlighet har funnet sted. Oppdragsgiver kan derfor ikke basere seg på rykter eller egne fordommer, noe som for øvrig er i tråd med alminnelige norske prinsipper om fri, objektiv og legal bevisvurdering i sivile saker.⁴¹⁵ Det kan derfor ikke angis en uttømmende liste over relevante bevismidler, men som eksempler kan nevnes dommer, kjennelser, administrative avgjørelser, vitneprov i retten, avisomtaler og rapporter fra granskningsutvalg og lignende.

4.1.5 Oppsummering

I kapittel 4.1 har vi sett at artikkel 57 (1) c i direktiv 2014/24/EU hovedsakelig viderefører rettstilstanden. Vilåret om at leverandørens tjenestefeil må ha innvirkning på hans integritet følger allerede av proporsjonalitetsprinsippet, og er i samsvar med det EU-domstolen fant i *Forposta*. Hvorvidt vilkårene for avvisning er oppfylt beror på en konkret vurdering av misgjerningens grovhet sammenholdt med arten av ytelsen og kontrakten anskaffelsen gjelder. Dette er også lagt til grunn i gjeldende norsk rett. Når det gjelder spørsmål om bevis

⁴¹³En slik rett for oppdragsgiver ville for øvrig kunne komme på kant med vernet mot selvinkriminering etter EMK artikkel 6 og SP artikkel 14 i de tilfeller det ville vært tale om å etterspørre dokumentasjon om straffbare forhold som ennå ikke er avgjort ved rettskraftig dom.

⁴¹⁴ Jf. fortalen punkt 101

⁴¹⁵ Jf. Tvl. § 21-2

har vi sett at det som hovedregel er tilstrekkelig med sannsynlighetsovervekt, men at det kan tenkes unntak hvis det er tale om å legge til grunn et «særlig belastende faktum» for parten.

4.2 Identifikasjon

Temaet i dette kapitlet er identifikasjon. Ved fakultativ avvisning oppstår det to typer av identifikasjonsspørsmål. For det første, når kan leverandøren som juridisk person holdes ansvarlig for fysiske personers misgjerninger. Dette er et spørsmål om hvorvidt leverandøren har gjort seg skyldig i en alvorlig tjenestefeil, og behandles i avsnitt 4.2.1. For det andre oppstår spørsmålet om en misgjerning begått av en annen person enn leverandøren kan få samme betydning for leverandørens stilling ved avvisning, som om han selv hadde begått misgjerningen. Dette behandles i avsnitt 4.2.2. Når det gjelder formålet med identifikasjon kan det i stor utstrekning vises til kapittel 3.2: Identifikasjon ved fakultativ avvisning skal virke som et organisatorisk insentiv til å forhindre at alvorlige tjenestefeil blir begått på vegne av leverandøren, sikre oppdragsgivers tillit til kontraktsparten, og hindre omgåelse av avvisningsreglene.

4.2.1 Misgjerninger begått på vegne av leverandøren

Artikkel 57 (4) c har ingen identifikasjonsregel tilsvarende artikkel 57 (1). Spørsmålet om når leverandøren kan tilskrives en alvorlig tjenestefeil må derfor bero på nasjonal rett.⁴¹⁶ For å tilskrive juridiske personer misgjerninger begått av en fysisk person, er det alminnelige utgangspunktet i norsk rett at noen må ha handlet på vegne av den juridiske personen.⁴¹⁷ Med andre ord; det må foreligge personell og funksjonell tilknytning.⁴¹⁸

4.2.1.1 Hvilke personer kan handle på vegne av leverandøren?

Kravet til *personell tilknytning* innebærer at det må foreligge et kvalifisert rettsforhold mellom foretaket og gjerningspersonen.⁴¹⁹ Når man ser hen til andre rettsområders krav til personell tilknytning gjelder det i norsk rett et representasjonsansvar, der juridiske personer

⁴¹⁶ Jf. premiss 128

⁴¹⁷ Jf. strl. § 48 a, konkurranseloven § 29 og skl. §§ 2-1 og 1-6, asl. 17-1, aasl. § 17-1

⁴¹⁸ Se kapittel 3.2

⁴¹⁹ Se avsnitt 3.2.2, Høivik (2011) s. 231-232, Askeland (2002) s. 79 flg.

kan identifiseres med medlemmer av selskapets organer, andre ledere og ansatte,⁴²⁰ samt aksjonærer som utøver en faktisk dominerende stilling i selskapet.⁴²¹

Også når det gjelder alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav må leverandøren i utgangspunktet kunne identifiseres personelt med alle sine representanter, slik som ledere, arbeidstakere og oppdragstakere. Aksjonærer er i utgangspunktet ikke omfattet utelukkende i kraft av å være aksjonær, men dette kan stille seg annerledes der vedkommende reelt har en direkte og faktisk kontroll i selskapet. I Kofa-praksis finner vi eksempler på at leverandøren har blitt identifisert med ansatte (*Fredrikstad kommune*), aksjonær (*Ikon*) og nøkkelpersoner (*Pro Handy*), se kapittel 4.3. Fra underrettspraksis finner vi derimot eksempler på at en leder i et søsterselskap ikke oppfylte kravet til personell tilknytning.⁴²² Sammenfattet ser vi likevel at det personelle tilknytningsvilkåret er vidt, slik at ansvaret primært begrenses av det funksjonelle tilknytningskravet.

4.2.1.2 Krav til funksjonell tilknytning

Hvorvidt handlingen har en tilstrekkelig tilknytning til leverandøren må bero på en konkret helhetsvurdering. Hensynet med avvisning tilsier at retningslinjen må være hvorvidt handlingen har en slik tilknytning til leverandøren at det er grunn til å trekke hans integritet i tvil. Ettersom det enkelte tilfelle må vurderes konkret skal vi kun behandle noen sentrale momenter for vurderingen.

Ved vurderingen kan det kan være hensiktsmessig å skille mellom personer som utgjør foretaksviljen, slik som medlemmer av selskapets organer og andre ledere, og de som utgjør foretakets hender, nemlig ansatte. Med hensyn til *ledere* har vi sett ovenfor at det er disse som utgjør den juridiske person, all den tid de kan representere, kontrollere og treffe beslutninger i foretaket.⁴²³ Ettersom avvisningsretten rekker lenger enn avvisningsplikten vil termen ledere i det følgende også omfatte ledere som ikke tilhører øverste ledelsesnivå, slik som salgssjefer,

⁴²⁰ Eks. Strl.§ 48 a, asl.§ 17-1, men også på andre grunnlag slik som skl.§ 2-1, avtl.§ 25 og organansvaret. Se om dette i Andenæs (2007) s. 274 flg. Askeland (2002) s. 268 flg, Høivik s. 240 flg.

⁴²¹ Se eks. Rt. 1970 s. 871 og Rt. 1990 s. 607, jf. Høivik (2011) s. 240 flg. Også selvstendige oppdragstakere, herunder underleverandører, kan identifiseres med juridiske personer etter strl.§ 48 a, men denne relasjonen skal ikke behandles i det følgende.

⁴²² TOBYF-2010-172901

⁴²³ Se underavsnitt 3.2.2.2 flg.

prosjektsjefer og andre mellomledere. Retningslinjen for vurderingen bør stadig være om personen reelt har kompetanse til å påvirke leverandørens handlemåte under anbudskonkurransen, herunder om vedkommende har kompetanse til å inngi tilbud på leverandørens vegne, og ved utførelsen av det forestående oppdraget.⁴²⁴ I Kofa-praksis har vurderingstemaet som nevnt vært hvorvidt vi står overfor såkalte nøkkelpersoner.

Der en leder i kraft av sin stilling i selskapet har begått alvorlige forsømmelser mot faglige og etiske krav er utgangspunktet at leverandøren identifiseres med vedkommende.⁴²⁵ Tilsvarende gjelder der handlingen har grunnlag i en styrebeslutning. Imidlertid vil leverandøren også kunne identifiseres med ledere som har gått utover sine fullmakter så lenge misgjerningene er en *typisk risiko* for funksjonen i foretaket. Som et illustrerende eksempel fra avvisningspraksis kan nevnes saken hvor Veidekke ble avvist fra flere anbudskonkurranser om asfaltkontrakter i Trøndelag på grunn av ulovlig prissamarbeid. Det var tidligere distriktssjef i Veidekke som egenhendig og i strid med instruks hadde gjort seg skyldig i misgjerningene. Distriktssjefen hadde vide fullmakter til å inngi tilbud, uten at det ble ført nødvendig tilsyn. Ettersom misgjerningene var muliggjort av en mindre heldig organisering av selskapet, var handlingene egnet til å trekke leverandørens integritet i tvil.

Fra Kofa-praksis kan vi også nevne *Fredrikstad kommune* der salgssjefen per e-post forsøkte å påvirke beslutningsprosessen på en utilbørlig måte ved å tilby innkjøper teaterbilletter og middag i forbindelse med en demonstrasjon av varene som var tilbudt.⁴²⁶ Under saksgangen for Kofa ble det fremlagt opplysninger som tydet på at «e-posten representerte et uhell som tilbyders ledelse ville stanset dersom de hadde kjent til den».⁴²⁷ Uten å problematisere det nærmere la nemnden til grunn at handlingene kunne tilskrives leverandøren. Resultatet må også være riktig da denne typen smøring er en typisk risiko for funksjonen til en salgssjef.

Motstykket til at leverandøren som hovedregel hefter for alle misgjerninger som en leder har begått i kraft av sin stilling, er at leverandøren ikke hefter for andre misgjerninger en leder har gjort seg skyldig i. Det følger allerede av ordlyden i FOA 20-12 (2) d at bestemmelsen er

⁴²⁴ Jf. KOFA-sak 2009/28 premiss 28 Sml. departementets tolkningsuttalelse s.15

⁴²⁵ Sml. Ot.prp.nr. 90 (2003-2004) s. 432

⁴²⁶ Jf. sak 2008/2

⁴²⁷ Jf. premiss 107

begrenset til handlinger som er begått i yrkessammenheng, og leverandøren kan derfor ikke holdes ansvarlig for en representants *private gjøremål*, herunder misgjerninger begått på vegne av andre selskap. Hva som er private gjøremål kan by på tvil, og må underlegges en konkret vurdering der momenter av betydning vil være: tidspunktet for handlingen, hvor den ble begått, hva slags handling det er tale om, og om handlingen tjener selskapets eller private interesser.

Et tilfelle fra avvisningspraksis som kan illustrere problemstillingen er den såkalte Ruter-saken, der Unibuss ble avvist fra en anbudskonkurranse for busstjenester i Oslo vest. Avvisningen var delvis begrunnet i at administrerende direktør Helge Leite ble pågrepet og siktet for økonomiske misligheter, etter at han angivelig skal ha latt selskapet betale for byggearbeider på egen bolig.⁴²⁸ Det var med andre ord tale om ulovlige handlinger som ble begått i arbeidstiden, men disse var klart i strid med foretakets interesser. Unibuss anførte i sitt tilsvarende avvisningsbrevet at Leite hadde opptrådt stikk i strid med arbeidsgivers interesser, og at selskapet derfor ikke kunne avvises.⁴²⁹

Selv om handlingen til administrerende direktør i Unibuss var muliggjort av hans stilling i selskapet, må utgangspunktet være at handlinger som utelukkende tjener private interesser på bekostning av selskapets interesser ikke kan tilskrives leverandøren. Det er ikke gitt at leverandøren er upålitelig hvis en daglig leder har gått langt utover sine fullmakter og skadet leverandørens interesser. Dette kan likevel stille seg annerledes dersom handlingene er muliggjort av en ukultur i selskapet. I den aktuelle saken viste det seg at også andre personer i selskapet var involvert i ugjerninger, og i september må tidligere administrerende direktør samt teknisk sjef og fire andre møte i Oslo tingrett tiltalt for korrupsjon.⁴³⁰ En slik ukultur viser at Unibuss ikke hadde tatt tilstrekkelige grep for å forhindre at selskapets representanter gikk utover sine fullmakter. I slike tilfeller tilsier hensynet til oppdragsgivers tillit at handlingene kan tilskrives selskapet, og at det derfor var berettiget å avvise.

⁴²⁸ Beslutning om avvisning av Unibuss AS fra anbudskonkurransen «busstjenester Oslo vest 2011» av 13. oktober 2011 punkt 1.

⁴²⁹ Tilsvarende avvisningsbrev – «Busstjenester – Oslo Vest» av 31.10.2011

⁴³⁰ Jf. <http://www.nrk.no/nyheter/1.11808732>

Vi skal nå se nærmere på hvordan leverandøren kan holdes ansvarlig for handlinger begått av alminnelige *ansatte*. I likhet med hva som er tilfelle for ledelsespersoner, er utgangspunktet at leverandøren bare kan holdes ansvarlig for kritikkverdige handlinger som er muliggjort av den ansattes stilling hos leverandøren. Likevel er vurderingstemaet noe annerledes sammenlignet med de tilfeller en leder har gjort noe galt. Retningslinjen om at handlingen må være egnet til å trekke leverandørens integritet i tvil tilsier at det må legges større vekt på om handlingen kunne vært forhindret ved organisatoriske tiltak, slik som retningslinjer, instruks, opplæring, kontroll og tilsyn. Det er nemlig ikke gitt at leverandørens integritet kan trekkes i tvil når en utro ansatt begår instruksbrudd. Dette gjelder særlig såkalte *abnorme skritt* som innebærer at arbeidstaker har gått utover det som er rimelig å regne med.

Vi kan tenke oss at en arbeidstaker har svindlet eller stjålet fra leverandørens kunder, eller har dumpet giftig avfall fra leverandørens virksomhet i den lokale innsjøen. Dersom leverandøren forut for misgjerningen hadde implementert gode organisatoriske tiltak i virksomheten, og gjort det som med rimelighet kan forventes for å forebygge slike hendelser, kan det vanskelig hevdes at misgjerningen sår tvil om leverandørens integritet. I dette ligger at leverandøren forut for handlingene ble begått har identifisert og analysert særskilte risikofaktorer for virksomheten, og videre har prøvd å avhjelpe disse ved spesifikke tiltak. Selv om det er truffet slike tiltak kan en virksomhet aldri sikre seg mot at ansatte begår ugjerninger enten i skadevoldende eller i vinnings hensikt. Derfor bør det skilles mellom handlinger som trekker gjerningspersonens integritet i tvil, og handlinger som trekker leverandørens integritet i tvil. Det er kun der handlingen også trekker leverandørens integritet i tvil at vilkåret i FOA § 20-12 (2) d er oppfylt.

Sammenfattet finner vi at spørsmålet om en handling er begått på vegne av leverandøren krever en konkret helhetsvurdering. Ettersom dette er en vurdering av hvorvidt leverandøren oppfyller vilkårene for avvisning, er den ledende retningslinjen hvorvidt misgjerningen trekker leverandørens integritet i tvil. Sentrale momenter i den sammenheng vil være handlingens alvor og karakter, om overtredelsen er en normal risiko ved gjerningsmannens funksjon i selskapet, hvilken kunnskap leverandøren hadde om risikoen for overtredelse og om handlingen kunne vært forhindret ved hjelp av organisatoriske tiltak, og om selskapet har profitert på handlingen. Men hvordan stiller det seg hvis en person med verv eller stilling hos

leverandøren har gjort seg skyldig i alvorlige tjenestefeil som ikke kan tilskrives selskapet? Dette bringer oss over i neste avsnitt.

4.2.2 Misgjerninger som ikke er begått på vegne av leverandøren

I det følgende skal vi undersøke om en leverandør kan avvises fordi en assosiert person oppfyller vilkårene i § 20-12 (2) d, uten at misgjerningen har tilknytning til leverandøren. Ordlyden i bestemmelsen tyder på at det kun er den formelle leverandøren som deltar i konkurransen som skal vurderes. Som vi har sett vil en slik tolkning føre til at regelen er enkel å omgå, og den vil heller ikke være egnet til å ivareta oppdragsgivers tillit til leverandøren.⁴³¹ Hvorvidt leverandøren kan identifiseres med handlinger uten tilknytning til selskapet må, i tråd med proporsjonalitetsprinsippet, bero på en konkret vurdering av hvorvidt det er grunn til å trekke leverandørens integritet i tvil.

En forutsetning for at leverandøren kan identifiseres med handlinger uten tilknytning til selskapet er at gjerningspersonen på tidspunktet for konkurransen har en personell tilknytning til selskapet.⁴³² Ser vi hen til *ledelsespersoner* finner vi at disse har kompetanse til å påvirke leverandørens handlemåte under anbudskonkurransen og kontraktavviklingen, og avvisning kan derfor være både være egnet og nødvendig for å ivareta oppdragsgiver tillit til leverandøren. Likevel må handlingene være av visst alvor, og ikke en hver misgjerning som omfattes av bestemmelsen kan medføre avvisning. Isteden må det foretas en konkret vurderingen av misgjerningens alvor, tiden som har gått og arten av ytelsen og kontrakten anskaffelsen gjelder.

I Kofa-praksis finner vi et godt eksempel i *Pro Handy*.⁴³³ Selskapets reelle daglige leder, som hadde signaturrett og alle fullmakter, var dømt for bedrageri på grunn av brudd på merverdiavgiftsloven. Disse handlingene hadde ingen tilknytning til leverandøren ettersom de ble begått flere år før Pro Handy ble stiftet. Ved en åpen anbudskonkurranse om rammeavtaler på håndverkertjenester ble selskapet likevel avvist. Klagenemnden fant at avvisningen var berettiget og viste til at leverandører kan identifiseres med ledere, og nøkkelpersoner «med oppgaver som knytter seg til forberedelsen av tilbudet og utførelsen av oppdraget for det

⁴³¹ Sml. Kofa-sak 2006/153 premiss 117

⁴³² Kapittel 3.3.2

⁴³³ Sak 2009/28

offentlige». ⁴³⁴ Da nøkkelpersonen over en periode på flere år hadde begått alvorlige forbrytelser, som angikk oppgaver han hadde fortsatt hadde ansvar for i Pro Handy, var det grunn til å trekke leverandørens pålitelighet i tvil. Som nevnt i avsnitt 4.1.3 la nemnden også vekt på at det gjaldt en rammeavtale med to års varighet, og som derfor forutsatte et løpende lojalt samarbeid mellom partene.

Når det gjelder alminnelige *ansatte* må hovedregelen være at leverandøren ikke kan identifiseres med disse hvis handlingen ikke har tilknytning til leverandøren. Dette fordi alminnelige ansatte normalt ikke har kompetanse til å representere, kontrollere eller treffe beslutninger i selskapet, og kan derfor ikke i tilstrekkelig grad påvirke leverandørens handlemåte under konkurransen eller avviklingen av kontrakten. Noe annet gjelder selvsagt der en person formelt er ansatt i en underordnet stilling, men i realiteten leder virksomheten, eller «er gitt oppgaver som er sentrale for driften av selskapet». ⁴³⁵ Vi kan også tenke oss et tilfelle der en ansatt tidligere har begått *abnormt skritt* som ansatt i en leverandørvirksomhet, uten at leverandøren kunne tilskrives handlingen nettopp fordi den var upåregnelig. Dersom den ansatte får bli i stillingen sin må det antas at oppdragsgiver kan avvise leverandøren dersom det er tilstrekkelig frykt for at gjerningspersonen kan begå nye alvorlig misgjerninger under arbeidene for oppdragsgiver.

Som vi har sett har Kofa lagt til grunn at leverandører også kan identifiseres med *juridiske personer*. I tråd med argumentasjonen i avsnitt 3.2.3 kreves det imidlertid mer enn selskapsrettslig kontroll før leverandøren kan identifiseres med andre juridiske personer. Dette har også støtte i Kofa-praksis. I sak 2013/69 var G4S blitt avvist fra en åpen anbudskonkurranse for anskaffelser av vakttenester. Begrunnelsen var at leverandørens israelske datterselskap ikke etterlevde menneskerettighetene ved utføring av vakttenester i Israel. Etterlevelse av menneskerettighetene var angitt som et kvalifikasjonskrav, men da nemnden fant at den selskapsrettslige tilknytningen ikke hadde direkte relevans for klagers evne til å oppfylle kontrakten, vurderte den om G4S kunne avvises etter FOA § 11-10 (2) d. ⁴³⁶ Nemnden fant at selskapet heller ikke på dette grunnlaget kunne avvises da «...[det skal] mye

⁴³⁴ Premiss 28

⁴³⁵ Jf. Kofa-sak 2009/28 premiss 28, se også FADs tolkningsuttalelse s. 15

⁴³⁶ Denne gjenspeiler FOA § 10-12 (2) d

til for at forsømmelser av andre, herunder andre juridiske personer i samme konsern o.l., skal kunne ha innvirkning på hvorvidt en leverandør skal eller kan avvises».⁴³⁷

4.2.3 Oppsummering

I dette kapitlet har vi sett at spørsmålet om identifikasjon kan deles i to grupper. For det første de tilfeller det er tale om å tilskrive leverandøren en misgjerning. Dette er et spørsmål om leverandøren har gjort seg skyldig i en alvorlig tjenestefeil, og som beror på en konkret vurdering av hvorvidt det er grunn til å trekke leverandørens integritet i tvil. For det andre finner vi de tilfeller en person i selskapet har gjort seg skyldig i en alvorlig tjenestefeil men uten at handlingen kan tilskrives leverandøren. Identifikasjon i denne gruppen av tilfeller forutsetter at gjerningspersonen fortsatt er personelt tilknyttet leverandøren, og hvor det må tas hensyn til gjerningspersonens stilling i selskapet, misgjerningens alvor, og type kontrakt anskaffelsen gjelder. Imidlertid skal det mye til før leverandøren kan identifiseres med andre juridiske personer.

4.3 Avvisningsvurderingen

I det følgende behandles spørsmål av betydning for avvisningsvurderingen. Som vi har sett har medlemstatene et relativt vidt spillerom ved gjennomføringen av fakultative avvisningsregler. Medlemsstatene kan for eksempel utestenge leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige tjenestefeil ved å innføre avvisningsplikt, og overlate til eksterne beslutningstakere å avgjøre når utestengelsen opphører etter at leverandøren har gjennomført tilstrekkelige selvrensing. Avvisningsvurderingen vil derfor variere avhengig av hvordan medlemsstatene gjennomfører artikkel 57 (4) c. I norsk rett har beslutningen blitt overlatt til oppdragsgivers skjønn, og dette er foreslått videreført av forenklingsutvalget for anskaffelser under terskelverdiene. I det følgende skal vi derfor konsentrere oss om de tilfeller oppdragsgiver er innrømmet et skjønn til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i alvorlige tjenestefeil.

Dersom vilkårene for avvisning etter artikkel 57 (4) c eller FOA § 20-12 (2) d er oppfylt har den enkelte oppdragsgiver i utgangspunktet et skjønn til å bestemme om det er ønskelig eller hensiktsmessig å avvise. Imidlertid må skjønnsutøvelsen være i tråd med EU-rettens og

⁴³⁷ Premiss 40

anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper. Dette innebærer at skjønnnet må være saklig og ikke vilkårlig eller i strid med likebehandlingsprinsipper, i tillegg til å oppfylle proporsjonalitetsprinsippets krav. Anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper kan medføre at oppdragsgiver i enkelte tilfeller har plikt til å avvise. Hvis for eksempel én leverandør allerede har blitt avist på grunn av alvorlige misligheter, har oppdragsgiver i kraft av likebehandlingsprinsippet plikt til å avvise også andre som har gjort seg skyldige i tilsvarende forsømmelser.

I det følgende skal vi primært fokusere på proporsjonalitetsprinsippet som skranke for oppdragsgivers skjønn. Proporsjonalitetsvurderingen er imidlertid ulik avhengig av om det er tale om et pågående eller fortidige forhold.⁴³⁸ Der oppdragsgiver under anbudskonkurransen blir gjort oppmerksom på pågående brudd på yrkesnormer, sammenfaller proporsjonalitetsvurderingen med tolkningen av «integritet» slik beskrevet ovenfor i avsnitt 4.1.2. Er det imidlertid tale om fortidige misgjerninger må oppdragsgiver foreta en konkret helhetsvurdering av hvorvidt det på tidspunktet for anbudskonkurransen er formålstjenlig å avvise leverandøren på grunn av en fortidig misgjerning. Med andre ord; er det *fortsatt* grunn til å trekke leverandørens integritet i tvil? I denne vurderingen må oppdragsgiver ta særlig hensyn til to etterfølgende forhold. Det første momentet er tidsforløpet mellom misgjerningen fant sted og avvisningsbeslutningen, noe vi skal behandle i avsnitt 4.4.2. Det andre momentet er om oppdragsgiver har truffet selvrensingstiltak, og dette skal vi behandle i avsnitt 4.3.3

4.3.1 Tidsforløpet

Det følger av artikkel 57 (7) at en misgjerning som oppfyller vilkårene i artikkel 57 (4) c ikke lenger er relevant når det har gått mer enn tre år siden misgjerningen ble begått. Så lenge oppdragsgiver innrømmes et skjønn til å avvise kan det vanskelig innføres minimumstid for avvisning, men medlemsstatene er stadig forpliktet til å innføre en maksimumsperiode. Det er likevel ikke gitt at oppdragsgiver kan avvise i hele denne perioden. Ettersom oppdragsgivers skjønn er underlagt proporsjonalitetsprinsippet må det tas tilbørlig hensyn til tidsforløpet mellom misgjerningen fant sted og avvisningen.

Tidsforløpet er relevant for pålitelighetsvurderingen fordi det kan hevdes at leverandører som har begått en fortidig misgjerning suksessivt gjenvinner tillitten over tid gjennom lovlydig og

⁴³⁸ Se kapittel 1.1

etisk opptreden, uavhengig av om leverandøren har gjennomført selvrensing. På et gitt tidspunkt vil tilliten være gjenvunnet slik at det ikke lenger er nødvendig å avvise leverandøren.⁴³⁹ Hvor lang tid som kreves for å gjenvinne tilliten vil imidlertid bero på misgjerningens *grovhet* og *arten av ytelsen og kontrakten* anskaffelsen gjelder.

Tiden som kreves før leverandøren har gjenvunnet tilliten beror først og fremst på misgjerningens *grovhet*.⁴⁴⁰ Når det er tale om grovere ugjerninger som har innvirkning på allmenhetens tillit vil leverandøren neppe kunne gjenvinne tillit i løpet av tre år uten at han har gjennomført selvrensing.⁴⁴¹ Er det derimot tale om relativt sett mindre alvorlige misgjerninger, for eksempel enkelttilfeller av brudd på god forretningsskikk, kan det være seg at leverandøren gjenvinner tilliten i god tid før tre år er omme. Dette forutsetter at leverandøren siden misgjerningen fant sted har oppført seg uklanderlig i forretningslivet. I denne vurderingen må det ses hen til antallet og volumet av kontrakter leverandøren har gjennomført uten klager i tiden etter misgjerningen ble begått. Har leverandøren derimot begått flere misgjerninger i ettertid kan det fortsatt være grunn til å trekke hans integritet i tvil, slik at selv «gentagne tilfælde af mindre uregelmæssigheder» kan medføre avvisning inntil leverandøren har gjennomført selvrensing.⁴⁴²

Hensynet til å beskytte oppdragsgivers tillit til leverandøren som kontraktspart innebærer at utfallet av avvisningsvurderingen kan variere etter *arten av ytelsen og kontrakten* anskaffelsen gjelder. Det kan for eksempel være grunn til å stille strengere krav til leverandører som skal yte tjenester til en særskilt utsatt gruppe mennesker enn leverandører som skal levere hyllevarer. Dette kan illustreres med en avgjørelse fra High Court of Justice of England and Wales, som riktignok gjaldt et annet rettsgrunnlag enn fakultativ avvisning etter direktivet, men faktumet i saken er like fullt er egnet til å vise at tiden som kreves for å gjenvinne tillit kan variere avhengig av anskaffelsens art og forbrytelsens alvor.

⁴³⁹ Sml. Preiss (2009) s. 84

⁴⁴⁰ Kapittel 4.1

⁴⁴¹ Avsnitt 3.3.1 og 3.3.2

⁴⁴² Fortalens punkt 101

I *R (on the applicant of A) v B Council*⁴⁴³ hadde lokale myndigheter nektet hovedleverandøren av skolebusstjenester for barn med særlige behov å bruke en underleverandør som for over 30 år siden ble dømt for svært alvorlige forbrytelser, herunder drapstrusler mot sin egen lærer og frihetsberøvelse av en skoleklasse. Underleverandøren ble nektet tilgang til kontrakten til tross for at hun siden løslatelsen i 1977 hadde levd «a blameless life».⁴⁴⁴ Domstolen fant at det ikke ville stride imot proporsjonalitetsprinsippet å nekte henne tilgang til kontrakten. Det kunne nemlig ikke være avgjørende at saksøkeren hadde levd et lovlydig liv i lang tid så lenge hennes forhistorie tilsa at det fortsatt var risiko for gjentakelse. Selv om risikoen ikke var høy var det etter domstolens oppfatning tale om en risiko som barna ikke burde utsettes for, og avvisning var derfor nødvendig. På bakgrunn av domstolens premisser er det nærliggende å slutte at utfallet av proporsjonalitetsvurderingen ville blitt annerledes om det var andre typer ytelser underleverandøren skulle levere, for eksempel håndverkertjenester eller lignende.

Også i Kofa-praksis har betydningen av tidsforløpet fra da misgjerningen ble begått til avvisning fant sted blitt fremhevet ved avvisningsvurderingen. I *Ikon-saken* mente nemnden at det var proporsjonalt å avvise en leverandør hvis representant hadde gjort seg skyldig i brudd på habilitetsreglene fire år forut for avvisningen. Dette fordi:

«... forsømmelsen var begått i et kjerneområde i det forretningsmessige forholdet mellom Ikon, Refsahl og Forsvaret, kan ikke et slikt tidsrom representere noen tidsmessig skranke for identifikasjon».⁴⁴⁵

Etter gjennomføringen av direktivet vil tidsgrensen på tre år utgjøre en skranke som innebærer at tilsvarende resultat ikke kan legges til grunn. Dette i motsetning til utfallet i *Pro Handy*, hvor nemnden fant at en straffedom avsagt litt over ett år før inngivelsen av tilbudet berettiget avvisning.⁴⁴⁶ I proporsjonalitetsvurderingen ble det lagt vekt på at handlingene var alvorlige, i tillegg til at anskaffelsen gjaldt en langvarig kontrakt som forutsatte et løpende lojalt samarbeid mellom partene.⁴⁴⁷

⁴⁴³ *R (on the applicant of A) v B Council*

⁴⁴⁴ Premiss 14

⁴⁴⁵ Jf. premiss 135

⁴⁴⁶ Forutsetningen er likevel at forbrytelsen ikke ligger lenger enn tre år tilbake i tid, jf. artikkel 57 (7).

⁴⁴⁷ Jf. premiss 37

Ved gjennomføringen av direktiv 2014/24/EU er det gode grunner for at lovgiver innfører en diskresjonær avvisningsperiode på tre år. Dette fordi leverandører som har gjort seg skyldig i en alvorlig misgjerning ikke skal kunne vente ut avvisningsperioden for å slippe selvrensing. Ved å innføre en relativt lang avvisningsperiode styrkes således incentivet til å rydde opp i virksomheten ved at avvisningsperioden kan reduseres betydelig. Hvilke tiltak leverandøren må treffe skal vi behandle i neste avsnitt.

4.3.2 Selvrensing

Det følger av artikkel 57 (6) at leverandører som oppfyller vilkårene i artikkel 57 (4) c kan fremlegge dokumentasjon på at han har gjennomført selvrensingstiltak, og dersom dokumentasjonen blir ansett for å være «tilstrækkelig» skal leverandøren ikke avvises fra anskaffelsen. Med hensyn til tolkningen av artikkel 57 (6) kan det vises til gjennomgangen i avsnitt 4.4.2. Også ved fakultativ avvisning kan det etter omstendighetene kreves at leverandøren gjennomfører tiltak rettet mot fortid, nåtid og fremtid. Den følgende fremstillingen er begrenset til mest sentrale momentene ved vurderingen av hva som er tilstrekkelig selvrensing.

Det *første* og mest sentrale momentet er knesatt i artikkel 57 (6), nemlig handlingens grovhet og særlige omstendigheter ved det aktuelle normbruddet. Overordnet må det ses hen til hva slags norm som er brutt, hvor lenge misligheten har pågått, skadeomfanget, leverandørens gevinst av lovbruddet mv. Dersom det er tale om alvorlige misgjerninger som er muliggjort av en uheldig virksomhetskultur må leverandøren på samme måte som ved obligatorisk avvisning foreta vidtgående selvrensingstiltak. Leverandøren må kutte alle bånd til involverte personer, og gjennomføre omfattende strukturelle tiltak for å forhindre at slike handlinger skjer igjen. Er det derimot tale om handlinger som ligger i det nedre sjiktet av artikkel 57 (4) c kan det være tilstrekkelig at leverandøren gir den ansatte en advarsel, og ellers sørger for at øvrige ansatte blir fortalt at slike handlinger ikke aksepteres. Det kan ofte tenkes at de faktiske forholdene er så oversiktlige at det ikke kan kreves at leverandøren gjør «indgående rede for» forholdene. Det avgjørende er stadig at tiltakene er «passende konkrete» for å avhjelpe de forhold som trekker leverandørens integritet i tvil.

For det *andre* vil tiden som har gått siden misgjerningen ble begått være av betydning. Der det for eksempel har gått over to år siden misgjerningen fant sted, og leverandøren i ettertid

har avstått fra å begå nye forsømmelser, kan det stilles lavere krav til selvrensingstiltakene. Det kan tenkes at leverandøren rett etter misgjerningen ble begått tok noen enkle grep i bedriften, og dersom nye forsømmelser ikke har funnet sted i ettertid, kan summen av disse tiltakene og tiden som har gått innebære at leverandøren har gjenvunnet tilliten. Som vi har sett ovenfor i avsnitt 3.3.2 er tidsaspektet likevel av mindre betydning når det er tale om grovere misgjerninger som har innvirkning på allmenhetens tillit. I slike tilfeller må oppdragsgiver kunne kreve at leverandøren gjennomfører fullstendig selvrensing før han får tilgang til offentlige kontrakter.

For det *tredje* vil kravene til selvrensing kunne variere etter anskaffelsens art og type kontrakt. Dette fordi avvisningsretten skal beskytte oppdragsgivers tillit til forestående kontraktsparter. Er det tale om en særlig sensitiv anskaffelse kan oppdragsgiver kreve mer av leverandører enn oppdragsgivere for anbudskonkurranser om genusytelser. Henvender vi oss til eksemplene brukt i kapittel 4.2 om vaksiner, vil oppdragsgiver kunne kreve at produsenten av Pandemrix har gjennomført svært konkrete og egnede selvrensingstiltak før selskapet får mulighet til å levere nye vaksiner. Dersom produsenten derimot kan godtgjøre at han har gjennomført tiltak som effektivt forebygger at tilsvarende feil blir begått i fremtiden, kan ikke oppdragsgiver avvise utelukkende på grunn av sine fordommer mot selskapet.⁴⁴⁸

4.3.3 Oppsummering

I dette kapitlet har vi behandlet oppdragsgivers skjønn til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i en fortidig misgjerning. I tråd med proporsjonalitetsprinsippet er vurderingstemaet om det fortsatt er grunn til å trekke leverandørens integritet i tvil. Dette beror på en konkret vurdering, hvor særlig tiden som har gått og leverandørens selvrensingstiltak er av betydning. Så vel tidsaspektet som kravene til selvrensing vil kunne variere avhengig av misgjerningens grovhet, og hva slags ytelse og kontrakt anskaffelsen gjelder.

4.4 Domstolskontroll og prøvelsesintensitet

I det følgende skal vi kort behandle spørsmål om domstolskontroll og prøvelsesintensitet ved fakultativ om avvisning. Som vi så i kapittel 4.3 er utgangspunktet at oppdragsgiver har et

⁴⁴⁸ Sml. Preiss (2009) s. 85-86

skjønnet til å bestemme om det er hensiktsmessig og ønskelig å avvise leverandører som oppfyller vilkårene for avvisning. Dette skjønnet kan ikke overprøves av domstolene. Prøvelsesretten er begrenset til å prøve om skjønnet er i overensstemmelse med EU/EØS-rettens og anskaffelsesrettens grunnleggende prinsipper, herunder proporsjonalitetsprinsippet som er temaet i det følgende.

Ved den enkelte kontrakt er det oppdragsgiver som bestemmer graden av tillit som påkreves ved den forestående anskaffelsen, og domstolskontrollen er som hovedregel begrenset til å prøve om avvisning er egnet og nødvendig til å ivareta hensynet til tillit. Dersom det etter en objektiv vurdering på bakgrunn av misgjerningens alvorlighet, tiden som er gått og leverandørens selvrensingstiltak fortsatt er grunn til å trekke leverandørens integritet i tvil, følger det allerede av vilkårene i artikkel 57 (4) c sammenholdt med artikkel 57 (6) at avvisning er egnet og nødvendig. Likevel har vi sett i kapittel 3.4 at domstolene skal sette til side en avvisningsbeslutning som er så «uforholdsmæssige i forhold til de tilsigtede mål» at de avholder leverandører fra å bruke rettighetene EØS-retten gir dem.⁴⁴⁹ Dette innebærer at avvisning ikke kan stå i et åpenbart misforhold til forsømmelsen som er begått.

Imidlertid vil spørsmålet om avvisning er et uforholdsmessig inngrep i leverandørens rettigheter primært bero på en tolkning av artikkel 57 (4) c. Dette fordi bestemmelsen gir uttrykk for en proporsjonalitetsvurdering, som ikke tillater oppdragsgiver å avvise leverandører på grunn av «mindre uregelmæssigheder».⁴⁵⁰ Således er oppdragsgivers skjønn til å fatte urimelige avvisningsbeslutninger begrenset av selve hjemmelen.⁴⁵¹ Så lenge vilkåret i artikkel 57 (4) c er oppfylt, og leverandøren heller ikke har gjennomført selvrensing, må den klare hovedregelen være at avvisning ikke utgjør et uforholdsmessig tyngende inngrep.

Likevel kan det tenkes unntak der avvisning er både egnet og nødvendig til å forfølge målet om tillit, men like fullt vil utgjøre et eksessivt inngrep i leverandørens rett til fri bevegelse. Vi kan bruke ovennevnte *R (on the applicant of A) v B Council* som illustrasjon. I saken var avvisning nødvendig for å beskytte oppdragsgivers tillit til leverandøren, men det kan like fullt hevdes at beslutningen fremsto uforholdsmessig i lys av tiden som hadde gått, og faren

⁴⁴⁹ Jf. C-418/11 premiss 52

⁴⁵⁰ Avsnitt 4.1.2

⁴⁵¹ Se generelt om dette i Fenger (2004) s. 648

for gjentakelse virker mer teoretisk enn reell.⁴⁵² Selv om tidsaspektet som grense for avvisning er avklart gjennom direktivet, kan det fortsatt tenkes tilfeller der avvisning er nødvendig men likevel uforholdsmessig etter hvert som det nærmer seg tre år siden misgjerning ble begått. Dette blir spesielt tydelig i de tilfeller det ikke er mulig å gjennomføre selvrensing fordi leverandøren er en fysisk person. I så fall vil proporsjonalitetsprinsippet kunne tjene som en sikkerhetsventil. Ser vi hen til Kofa-praksis må det antas at det skal mye til før oppdragsgivers vurdering av påkrevd tillit overprøves.

4.5 Sammenfatning

Gjennomgangen av artikkel 57 (4) c og FOA § 20-12 (2) d har vist at bestemmelsen skiller seg fra så vel artikkel 57 (1) som de øvrige avvisningsgrunnene i artikkel 57 (4) ved at gjerningsbeskrivelsen ikke er klart angitt. Sammenlignet med artikkel 57 (1) kan det være vanskelig å bestemme hvilke handlinger som omfattes av bokstav c. Ettersom direktivet også forutsetter at det er oppdragsgiver som skal avgjøre om leverandøren har gjort seg skyldig i en misgjerning er det stadig en risiko for at oppdragsgiver misbruker avvisningsretten. Dette er bakgrunnen for at bestemmelsen ble forslått fjernet under lovgivningsprosessen i Komiteen for indre marked og forbrukerbeskyttelse. I forarbeidene heter det:

«The concept of "grave professional misconduct" is not defined objectively in the directive, while any decision to exclude an economic operator from a procurement decision should be based on objective and measurable criteria and the discretion of the contracting authority should be limited».⁴⁵³

Det kan hevdes at svakhetene påpekt av parlamentarikerne også er bestemmelsens styrke. Ved at gjerningsbeskrivelsen er så vid som den er, virker artikkel 57 (4) c som et fleksibelt verktøy for medlemsstatene til å løse nasjonale utfordringer. Avhengig av «retlige, økonomiske eller sociale overvejelser på nasjonalt plan»,⁴⁵⁴ kan medlemsstatene gjennom avvisningsbestemmelsen bruke offentlige anskaffelser til å beskytte miljøet, ivareta sosiale hensyn og sikre oppfyllelse av nasjonale normer og verdier. Nettopp fordi bestemmelsen er en

⁴⁵² Sml. Williams-Elegbe (2012) s. 136

⁴⁵³ 2011/0438 (COD) Amendments 764-1061 s. 168-196 amendment 1057, A7-0007/2013 s. 103 amendment 172.

⁴⁵⁴ Jf. C-213/07

sekkebestemmelse er den også egnet til å beskytte oppdragsgiver fra leverandører han ikke har tillit til. Det kan være vanskelig å gi en uttømmende liste over misgjerninger som kan medføre avvisning, og en slik generell bestemmelse virker derfor hensiktsmessig.

Likevel påpeker representantene i Europaparlamentet en viktig svakhet ved bestemmelsen. Manglende gjennomsiktighet øker faren for misbruk og diskriminering, og gjør regelen lite forutberegnelig for leverandørene, og vanskelig å anvende for oppdragsgiver. Imidlertid kan medlemsstatene ved gjennomføring i nasjonal rett avhjelpe dette ved å presisere kriteriene for avvisning klart i lovgivningen. I NOU 2014:4 foreslår utvalget å innføre en sekkebestemmelse som gir oppdragsgiver adgang til å avvise når, «han mener... at leverandøren ikke har tilstrekkelig integritet».⁴⁵⁵ Bestemmelsen skal riktignok gjelde for anskaffelser som ikke reguleres av direktivet, men den er samtidig forutsatt å omfatte samtlige nye mislighetsgrunner i artikkel 57 (4) c.⁴⁵⁶ Selv om det er hensiktsmessig med en sekkebestemmelse, avhjelper den foreslåtte bestemmelsen ikke kritikken reist i Europaparlamentet. Til dette er bestemmelsen for skjønnsmessig, og vilkåret «tilstrekkelig integritet» reiser en rekke vanskelige tolkningsspørsmål. Hvordan vilkårene kan utformes mer presist for å avhjelpe manglende gjennomsiktighet er en egnet problemstilling for videre forskning.

⁴⁵⁵ Jf. NOU 2014:4 s. 293, 207

⁴⁵⁶ NOU 2014:4 s. 223-224

5 Avsluttende bemerkninger

Denne avhandlingen har handlet om offentlige innkjøperes rett og plikt til å avvise leverandører som har gjort seg skyldig i straffbare handlinger eller alvorlige tjenestefeil. Som vi har sett går det et grunnleggende skille mellom medlemsstatenes *rett* og *plikt* til å avvise

Retten til å avvise er en kompetanse medlemsstatene alltid har hatt, men som har blitt betydelig innskrenket som følge av EU/EØS-samarbeidet. For å skape et indre marked for offentlige anskaffelser, med fri bevegelighet og uten diskriminering, var det nødvendig å begrense medlemsstatenes rett til å avvise leverandører gjennom en uttømmende opplisting av avvisningsgrunnlag. Medlemsstatene har imidlertid bevart retten til å avvise leverandører som mangler nødvendig integritet, og vi har sett at artikkel 57 (4) c utgjør et fleksibelt instrument som medlemslandene kan bruke til å forfølge sektorovergripende politikk på nasjonalt plan. Avvisningsretten kan også supplere avvisningsplikten. Så lenge forholdet er tilstrekkelig bevist kan oppdragsgiver etter direktiv 2014/24/EU avvise før det foreligger rettskraftig dom.

Plikten til å avvise er et utslag av EUs sektorovergripende politikk, og begrenser medlemsstatenes frihet til å inngå kontrakt med leverandører som er dømt for korrupsjon, bedrageri, hvitvasking, terror, menneskehandel og organisert kriminalitet. Empiriske studier avdekker at målet om fri flyt over landegrensene ikke bare kommer Europas befolkning til gode – kriminelle utnytter traktatens grunnleggende friheter til å tjene store penger på forbrytelser til fare for Unionens finansielle interesser og borgernes sikkerhet. Imidlertid er det ikke bare de virkelig store forbrytelsene EU vil til livs. Som vi har sett avdekket Eurobarometer 397 at en fjerdedel av respondentene mente de ble påvirket av korrupsjon i sin hverdag. Selv om det er store forskjeller mellom EU-landene er alle medlemsstatene påvirket av korrupsjon, og sektoren for offentlige anskaffelser er særlig utsatt. Dette undergraver allmennhetens tillit til offentlige institusjoner og svekker sosial rettferdighet. For å bekjempe disse utfordringene kreves et grenseoverskridende samarbeid og en helhetlig politikk.

Obligatorisk avvisning er som nevnt ett av mange virkemidler EU bruker for å bekjempe et vidt spekter av forbrytelser, fra organisert menneskehandel og terror til mindre bestikkelser som påvirker hverdagen til europeere. Ved vedtakelsen av direktiv 2014/24/EU har EU-lovgiver tatt flere grep for styrke effekten av avvisningsplikten. Definisjonen av korrupsjon er utvidet, og det er innført regler om identifikasjon, plikt til å etterspørre dokumentasjon fra

vinneren av konkurransen, og informasjonsutveksling mellom medlemsstatene. Også selvrensningsreglene må forstås i lys av målet om kriminalitetsbekjempelse og tillit til offentlige myndigheter. Avvisningsplikten skal nettopp gi straffedømte leverandører insentiv til å rydde opp i egen virksomhet for å forhindre fremtidige brudd på straffeloven. Vekselvirkningen av dette er at markedet for offentlige anskaffelser reduseres til kun pålitelige leverandører. Imidlertid har vi sett at måten reglene inntas og praktiseres i nasjonal rett i det enkelte medlemsland er av stor betydning for hvorvidt reglene får tilsiktet virkning.

For å sikre at avvisningsplikten gjennomføres og praktiseres på en måte som effektivt oppnår reglenes formål, kan det være hensiktsmessig å ta lærdom av kritikken som er reist mot EU-institusjonene og deres praktisering av utestengelsesreglene nedfelt i finansforordningen.⁴⁵⁷ Transparency International avga en rapport i april 2014 hvor det fremgår at EU i liten utstrekning benytter seg av egne svartelister; bare seks virksomheter har blitt utestengt på grunn av forbrytelser nevnt i artikkel 57 (1).⁴⁵⁸ Til sammenligning hadde Verdensbanken i de syv første månedene av 2013 utestengt over 150 firmaer som følge av korrupsjon og lignende forbrytelser, og flere av disse har hovedkontor innenfor EU. Transparency International viser til tre forhold som må bedres for at EUs utestengelsessystem skal fungere etter sin hensikt. For det første må Kommisjonen opprette et sentralisert register, som også bør koordineres med tilsvarende registre blant medlemsstatene som opererer med svartelister. For det andre må det utarbeides klare retningslinjer for utestengelsesprosedyren. For det tredje, og av størst betydning, «there needs to be the drive and determination at the highest level to make it work».⁴⁵⁹

Som vi har sett i denne avhandlingen er kritikken fra Transparency International også gyldig for norske avvisningsregler. Ved gjennomføringen av direktiv 2004/18/EF ble det ikke gjort noe forsøk på å innføre et klart definert utestengelsessystem. Begrunnelsen finner vi muligens i rundskriv 8/766 hvor departementet fant at det ikke er hensiktsmessig med en fast utestengingsperiode «da det er behov for å avpasse denne i forhold til alvorligheten av det straffbare forholdet». I denne avhandlingen har vi imidlertid sett at lovgiver kan innføre

⁴⁵⁷ Forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002 artikkel 96 (2), forordning (EF, EURATOM) Nr. 2342/2002 artikkel 133 a

⁴⁵⁸ Transparency International (2014) s. 13

⁴⁵⁹ Transparency International (2014)

differensierte og proporsjonale utestengelsesperioder, og heller la selvrensningsvurderingen avhjelpe eventuelle forskjeller mellom straffedømte leverandører. Selvrensningsreglene forutsetter nettopp en slik konkret vurdering, der kravene som stilles til leverandørens selvrensningsprosess skal stå i forhold til grovheten og omfanget av forbrytelsen som er begått. Dersom leverandører benytter seg av denne muligheten vil den reelle utestengelsesperioden gjenspeile den enkelte leverandørs situasjon.

Vi har også sett at Høyesterett i *Norconsult* la til grunn at avvisningsplikten «bare er et utgangspunkt», der det tilkommer den enkelte oppdragsgiver å vurdere om straffedømte leverandører skal avvises.⁴⁶⁰ Imidlertid er det ikke gitt klare retningslinjer for denne vurderingen, verken når det gjelder lengden på utestengelsen eller hva som skal til for å bli avvist. Det er heller ikke gitt klare retningslinjer for hva som kreves av straffedømte leverandørers selvrensningsiltak, og departementets veileder begrenser seg til å vise til departementets rundskriv.⁴⁶¹ Riksrevisjonen har på sin side påpekt at manglende veiledning er en viktig årsak til at offentlige innkjøpere bryter anskaffelsesregelverket, noe som understreker betydningen av klare regler og retningslinjer.⁴⁶²

Transparency International viser også til at det kreves politisk vilje og innsats på høyeste nivå for at regler om utestengelse kan fungere effektivt. Det gjenstår å se hvordan departementet velger å innføre artikkel 57 i direktiv 2014/24/EU, men dersom forslaget til forenklingsutvalget legges til grunn er det lite som tyder på at rettstilstanden endres. Som vi har sett mener utvalget at vurderingen om hvorvidt leverandøren har gjennomført tilstrekkelig selvrensing skal overlates til den enkelte oppdragsgiver for slik sikre ham tilstrekkelig fleksibilitet. I denne avhandlingen har vi sett at det ikke er gitt at en slik gjennomføring er formåls effektiv. Dette fordi det kan være begrenset vilje blant innkjøpere til å utestenge leverandører som eksempelvis har betydelig markedsrett. Dersom regler om utestengelse skal tjene som insentiv for leverandører til å rydde opp i egen virksomhet kreves det forutsigbare regler som håndheves konsekvent. Dette forutsetter en standardisert prosess der beslutningen om når utestengingen opphører bestemmes av et eksternt organ.⁴⁶³

⁴⁶⁰ Rt. 2013 s. 1025 premiss 89

⁴⁶¹ Rundskriv 8/766

⁴⁶² Dokument 3:6 (2010-2011) s. 48 flg.

⁴⁶³ Transparency International (2006) s. 3 flg., Hjelmeng og Søreide (2014) s. 6 flg.

Eurobarometer 397 kommer ikke bare med nedslående nyheter. EUs arbeid med kriminalitetsbekjempelse har hatt effekt. Særlig påvirkningshandel er mindre utbredt nå enn tidligere, og medlemsstatene har også gjort fremskritt når det gjelder bekjempelse av korrupsjon ved offentlige anskaffelser.⁴⁶⁴ Kommisjonen understreker på sin side betydningen av utestenging som ett av flere viktige virkemidler for at utviklingen skal fortsette å gå i riktig retning. Tilsvarende viser Transparency International i sin rapport at Kommisjonen må bruke utestengelse mer aktivt da dette er et effektivt tiltak for å forebygge alvorlig kriminalitet i Unionen.⁴⁶⁵ Vi har i avhandlingen vist til uttalelser i forarbeider hvor det blant annet heter at «norske myndigheter prioriterer høyt å delta aktivt i det internasjonale samarbeidet mot korrupsjon».⁴⁶⁶ I den anledning er det sentralt at myndighetene benytter de virkemidler som står til rådighet, og ikke bare strafferettslige sanksjoner. Ettersom offentlige myndigheter besitter en betydelig markedsrett kan regler om avvisning og utestengelse være et meget egnet middel til å bekjempe kriminalitet og sikre oppfyllelse av regler.⁴⁶⁷ Dette forutsetter at reglene innføres på en måte som sikrer konsekvent anvendelse. Den mest effektive måten å oppnå dette på er et sentralt administrert utestengelsesregime.

⁴⁶⁴ COM(2014) 38 s. 17 og 37

⁴⁶⁵ Transparency International (2014) s. 15

⁴⁶⁶ Ot.prp.78 (2002-2003) punkt 2.1

⁴⁶⁷ NOU 2003:15 kapittel 16.4

6 Litteraturliste

1. Konvensjoner

EMK	Den europeiske menneskerettighetskonvensjonen, Roma 1950
EMK TP7	Tilleggsprotokoll nr. 7 til Konvensjonen om beskyttelse av menneskerettigheter og grunnleggende friheter, Strasbourg 1984
ETS	Europarådets sivilrettslige konvensjon om korrupsjon, Strasbourg, 1999
TEU	Traktaten om Den europeiske union, Masstricht 1992
EØS-avtalen	Avtale om Det europeiske økonomiske samarbeidsområde, Oporto 1992
TEUV	Traktaten om Den europeiske unions virkemåte, Lisboa 1997
EU-pakten	Den europeiske unions pakt om grunnleggende rettigheter, Warszawa 2005.

2. Direktiver og forordninger

- Direktiv 1989/665/EØF Rådets direktiv af. 21. december 1989 om samordning af love og administrative bestemmelser vedrørende anvendelsen af klageprocedurer i forbindelse med indgåelse af offentlige indkøbs- samt bygge- og anlægskontrakter
- Forordning (EF) nr. 2157/2001 Rådets forordning (EF) Nr. 2157/2001 af 8. oktober 2001 om statut for det europæiske selskab (SE)
- Forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002 Rådets forordning (EF, Euratom) Nr. 1605/2002 af. 25. juni 2002 om finansordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget
- Forordning (EF, EURATOM) Nr. 2342/2002 Kommissionens forordning (EF, EURATOM) Nr. 2342/2002 af. 23. december 2002 om gennemførelsesbestemmelser til Rådets forordning (EF, Euratom) nr. 1605/2002 om finansordningen vedrørende De Europæiske Fællesskabers almindelige budget
- Direktiv 2004/18/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv nr. 2004/18/EF af 31. marts 2004 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkjøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter
- Direktiv 2006/32/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv nr. 2006/32/EF af 5. april 2006 om energieffektivitet i slutavsendingerne og om energitjenester samt ophævelse af Rådets direktiv 93/76/EØF

Direktiv 2007/66/EF Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2007/66/EF af 11. december 2007 om ændring af Rådets direktiv 89/665/EØF og 92/13/EØF for så vidt angår forbedring af effektiviteten af klageprocedurene i forbindelse med indgåelse af offentlige kontrakter

Direktiv 2014/24/EU Europa-parlamentets og Rådets direktiv 2014/24/EU af 26. februar 2014 om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF.

3. Internasjonal rettspraksis

3.1. EU-domstolen

Sak C-8/74 Procureur du Roi mot Benoît og Gustave Dassonville. Saml. 1974 00837

Sak C-240/78 Atalanta Amsterdam BV mot Produktschap voor Vee en Vlees. Saml. 1979 02137.

Sak C-169/91 Council of the City of Stoke-on-Trent og Norwich City Council mot B & O plc. Saml. 1992 I-06635

Sak C-60/92 Otto BV mot Postbank NV. Saml. 1993 I-05683.

Sak C-286/94, Sak C-Sak 340/95, Sak C-Sak 401/95 og Sak C-47/96 Garage Molenheide BVBA Peter Schepens, Bureau Rik Decan-Business Research & Development NV og Sanders BVBA mot Belgische Staat. Saml. 1997 I-07281

Sak C-5/97 Ballast Nedam Groep NV mot Belgische Staat. Saml. 1997 I-07549.

Sak C-225/97 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber mot Den Franske Republik. Saml. 1999 I-03011

Sak C-81/98 Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich og Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr. Saml. 1999 I-07671

Sak C-107/98 Teckal Srl mot Comune di Viano og Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia. Saml. 1999 I-08121

Sak C-585/99 og C-286/99 Impresa Lombardini SpA mot Azienda nazionale autonoma delle Strade og Società Italiana per Condotte d'Acqua, Impresa Ing. Mantovani SpA mot Azienda nazionale autonoma delle strade (ANAS)og Coopsette Scrl. Saml. 2001 I-09233

Sak C-92/00 Hospital Ingenieure Krankenhaustechnik Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Stadt Wien. Saml. 2002 I-05553

Sak C-491/01 The Queen mod Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd og Imperial Tobacco Ltd. Saml. 2002 I-11453

Sak C-21/03 og sak C-34/03 Fabricom SA mot den belgiske stat. Saml. 2005 I-01559

Sak C-458/03 Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG. Saml. 2005 I-08585

Sak C-226/04 og sak C-228/04 La Cascina Soc. coop. arl og Zilch Srl mod Ministero della Difesa m.fl. og Consorzio G. f. M. mot Ministero della Difesa og La Cascina Soc. coop. Arl. Saml. 2006 I-01347

Sak C-340/04 Carbotermo SpA og Consorzio Alisei mod Comune di Busto Arsizio og AGESP SpA. Saml. 2006 I-04137

Sak C-213/07 Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikrateias. Saml. 2008 I-09999

Sak C-324/07 Parking Brixen GmbH mod Gemeinde Brixen og Stadtwerke Brixen AG. Saml. 2005 I-08585

Sak C-538/07 Assitur Srl mot Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Milano. Saml. 2009 I-04219

Sak C-45/08 Spector Photo Group NV og Chris Van Raemdonck mot Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen. Saml. 2009 I-1207

Sak C-376/08 Serrantoni Srl og Consorzio stabile edili Srl mot Comune di Milano. Saml. 2009 I-12169

Sak C-455/08 Europa-Kommissionen mot Irland. Saml. 2009 I-00225.

Sak C-74/09 Bâtiments et Ponts Construction SA og WISAG Produktionsservice GmbH mot Berlaymont 2000 SA. Saml. 2010 I-07271

Sak C-314/09 Stadt Graz mod Strabag AG m.fl. Saml. 2010 I-08769.

Sak C-231/11 og sak C-233/11 Europa-Kommissionen mot Siemens AG Österreich m.fl. og Siemens Transmission & Distribution Ltd m.fl. mot Europa-Kommissionen. Ikke trykket

Sak C-418/11 Texdata Software GmbH. Ikke trykket.

Sak C-465/11 Forposta SA og ABC Direct Contact sp. z o.o. mot Poczta Polska SA. Ikke trykket

Sak C-179/12 The Dow Chemical Company mot Europa-Kommissionen. Ikke trykket

Sak C-557/12 Kone AG m.fl. mot ÖBB Infrastruktur AG. Ikke trykket

Sak C-293/12 og sak C-594/12 Digital Rights Ireland Ltd mot Minister for Communications, Marine and Natural Resources m.fl. og Kärntner Landesregierung m.fl. Ikke trykket

Sak C-336/12 Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mot Manova A/S. Ikke trykket

Sak C-398/12 Straffesag mod M. Ikke trykket.

3.2. Forslag til avgjørelse fra Generaladvokaten

Sak C-226/04 og C-228/04 Forslag til avgjørelse fra generaladvokat La Cascina Soc. coop. arl og Zilch Srl mod Ministero della Difesa m.fl. og Consorzio G. f. M. mot Ministero della Difesa og La Cascina Soc. coop. Arl. Saml. 2006 I-01347

Sak C-213/07 Forslag til avgjørelse fra generaladvokat M.Poiates Maduro Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis og Ypourgos Epikrateias. Saml. 2008 I-09999.

3.3. Førsteinstansretten

Sak T-183/00 Strabag Benelux NV mot Rådet for Den Europæiske Union. Saml. 2003 II-00135.

Sak T-71/03, sak T-74/03, sak T-87/03 og Sak T-91/03 Tokai Carbon Co. Lt, Intech EDM BV, Intech EDM AG og SGL Carbon AG mot Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber. Saml. 2005 II-00010.

Sak T-4/01 Renco SpA mod Rådet for Den Europæiske Union. Saml. 2003 II-00171.

Sak T-457/10 Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systimata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE mot Europa-Kommissionen. Ikke trykket.

3.4. Den europeiske menneskerettighetsdomstol

Engel and others v. The Netherlands The European Court of Human Rights, Strasbourg, 8. juni 1976.

Deweert v. Belgium The European Court of Human Rights, Strasbourg, 27. februar 1980.

Malige v. France The European Court of Human Rights, Strasbourg, 23. september 1998.

D.C., H. S og A. D v. United Kingdom The European Court of Human Rights, Strasbourg, 14. september 1999.

Yngvar Storbråten v. Norway The European Court of Human Rights, Strasbourg, 1. februar 2007.

3.5. Dokumenter Fra Rådet

COM(1997) 192 Meddelelse fra Kommisjonen til Rådet og Europa-Parlamentet om EU's politik om corruption. Brussel, 21.mai 1997.

COM(2006) 73 Meddelelse fra Kommisjonen til Rådet og Europa-Parlamentet om Rettighedsfrakendelser, der er en følge af straffedomme i Den Europæiske Union. Brussel, 21. februar 2006.

COM(2008) 400 Meddelelse fra Kommisjonen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det europæiske økonomiske og sociale udvalg og Regionudvalget Offentlige indkøb for et bedre miljø

COM(2011) 15 Grønbog om modernisering af EU's politik for offentlige indkøb Mod et mere effektivt europæisk marked for offentlige indkøb.

COM(2011) 293 Meddelelse fra Kommisjonen til Europa-Parlamentet, Rådet, Det europæiske økonomiske og sociale udvalg og Regionudvalget om beskyttelse af Den Europæiske Unions finansielle interesser gennem straffelovgivningen og administrative undersøgelser En integreret politik til beskyttelse af skatteborgernes penge. Brussel, 26. mai 2011.

COM(2014) 38 Rapport fra Kommisjonen til Rådet og Europa-Parlamentet Rapport om bekæmpelse af korruption i EU.

4. Norske kilder

4.1. Lover

1902 Almindelig borgerlig straffelov (straffeloven) av 22. mai 1902 nr. 10

1967 Lov om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven) av 10. februar 1967 nr. 10

1981 Lov om rettergangsmåten i straffesaker (straffeprosessloven) av 22. mai 1981 nr. 25

1997 Lov om aksjeselskaper (aksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 44

1997 Lov om allmennaksjeselskaper (allmennaksjeloven) av 13. juni 1997 nr. 45

1999 Lov om offentlige om offentlige anskaffelser (anskaffelsesloven) av 16. juli 1999 nr. 69

- 2004 Lov om konkurranse mellom foretak og kontroll med foretakssammenslutninger (konkurranseloven) av 5. mars 2004 nr. 12
- 2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni 2005 nr. 62
- 2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven) av 17. juni 2005 nr. 90
- 2010 Lov om behandling av opplysninger i politiet og påtalemyndighetene (politiregisterloven) av 20. januar 2012 nr. 4.

4.2. Forskrifter

- 1996 Forskrift om systematisk helse-, miljø- og sikkerhetsarbeid i virksomheter (internkontrollforskriften) av 12. juni 1996 nr. 1127
- 2002 Forskrift om klagenemnd for offentlige anskaffelser av 15. november 2002 nr. 1288
- 2006 Forskrift om offentlige anskaffelser (anskaffelsesforskriften) av 7. april 2006 nr. 402
- 2008 Forskrift om risikostyring og internkontroll av 22. september 2008 nr. 1080

4.3. Forarbeider

- NOU 1992:29 Lov om aksjeselskaper
- NOU 1997:21 Offentlige anskaffelser
- NOU 2007:10 Om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering
- NOU 2009:15 Skjult informasjon – åpen kontroll
- NOU 2010:2 Håndhevelse av offentlige anskaffelser
- NOU 2012:2 Utenfor eller innenfor
- NOU 2014:4 Enklere regler – bedre anskaffelser: Forenkling av det norske
- Ot.prp.nr. 36 (1993-19) Om lov om aksjeselskaper
- Ot.prp. nr. 81 (1999-2000) Om lov om endring i straffeloven og straffeprosessloven
- Ot.prp. nr. 62 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven og straffeprosessloven mv.
- Ot.prp. nr. 78 (2002-2003) Om lov om endringer i straffeloven mv.
- Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) Om lov om straff
- Ot.prp. nr. 3 (2008-2009) Om lov om tiltak mot hvitvasking og terrorfinansiering mv
- Prop.131 L (2012-2013) Endringer i straffeloven 1902 og 2005 mv.

4.4. Retts- og nemndspraksis

Rt. 1970 s. 871
Rt. 1989 s. 798
Rt. 1989 s. 1318
Rt. 1990 s. 607
Rt. 1992 s. 64
Rt. 1997 s. 574
Rt. 2001 s. 1062
Rt. 2002 s. 1007
Rt. 2005 s. 833
Rt. 2006 s. 1675
Rt. 2007 s. 983
Rt. 2007 s. 1217
Rt. 2007 s. 1851
Rt. 2008 s. 755
Rt. 2008 s. 982
Rt. 2008 s. 1705
Rt. 2013 s. 1025
Rt. 2014 s. 319
LB-2000-2645
TOBYF-2010-90098
TOBYF-2010-172901
TOBYF-2013-209810

4.5. Kofa-praksis

Sak 2006/153
Sak 2008/2
Sak 2008/32
Rt. 2008/47
Sak 2009/28
Sak 2011/206
Sak 2013/69

5. Utenlandske kilder

5.1. Lover

Federal Acquisition Regulation (FAR) volume 1 – parts 1 to 51 av mars 2005 [USA]

Prevention and Combating of Corrupt Activities Act 12 27. april 2004 [Sør-Afrika]

Lag om (2007:1091) om offentlig upphandling av 22. november 2007 [Sverige].

5.2. forarbeider

Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

5.3. Dommer

Fidela AB mot Rikspolisstyrelsen Förvaltningsrätten i Stockholm, 9. juli 2010. Mål nr. 25630-10

R (on the applicant of A) v B Council The High Court of Justice Queens's Bench Division the Administrative Court, 7. mars 2007. EWHC 1529.

6. Litteratur

Aal, Jørgen *Rettsstat og menneskerettigheter*. 3. utg. Bergen, 2011.

Andenæs, Mads Henry *Selskapsrett*. Oslo, 2007

Arnesen, Finn *Statlig styring og EØS-rettslige skranker*. Oslo, 1996

Askeland, Bjarte *Erstatningsrettslig identifikasjon*. Oslo, 2002

Asp, Petter *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*. Stockholm, 2012

Arnáiz, Teresa M. *EU Directive as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts*. I: International Handbook of Public Procurement. Boca Raton, 2009, 105-128

Arrowsmith, Sue *Government Procurement and Judicial Review*. Tronoto, 1988.

Arrowsmith, Sue *The Law of Public and Utilities Procurement*. 2. utg. London, 2005.

Arrowsmith, Sue. I: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law* Cambridge, 2009. s.147-248

Arrowsmith, Sue. *Self-Cleaning – An Emerging Concept in EC Public Procurement Law? I: Self-Cleaning in Public Procurement Law*. 2009, s. 1-31

Bakken, Espen og Thomas Nordby *Offentlige anskaffelser*. Bergen, 2013

Craig, Paul *EU Administrative Law*. Oxford, 2006

- Craig, Paul og Gráinne De Búrca *EU Law: Text, Cases and Materials*. 5. Oxford, 2011.
- Dine, Jane og Koutsias *Company law*. 6. Utgave. Florence, 2007
- Dragsten, Marianne H. *Offentlige anskaffelser regelverk, praksis og løsninger*. Oslo, 2013.
- Eide, Erling og Endre Stavang *Rettsøkonomi*. Oslo, 2008
- EØS. Fredrik Sejersted ... [et.al.]. 3. utg. Oslo, 2011
- Fenger, Niels *Forvaltning og Fællesskab: om EU-rettens betydning for den almindelige forvaltningsrett: konfrontation og frugtbar sameksistens*. København, 2004
- Fog, Morten Q. og Michael Steinicke. *Udbudsreglerne og bestikkelse*. I: Juristen. (2009) s. 1-10
- Fredriksen, Halvard Haukeland og Gjermund Mathisen *EØS-rett*. Bergen, 2012.
- Hjelmeng, Erling og Tina Søreide. I: Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. 2014 s. 1-15
- Hjelmeng, Erling og Tina Søreide *Avvisning av straffedømte leverandører – et regime mot sin hensikt?* I: Europarättslig tidskrift. 2013, s.667-694
- Jans, Jan H. Minimum Harmonisation and the Role of the Principle of Proportionality. I: *Festschrift for Eckard Rehinder*. Berlin, 2007 <http://www-user.uni-bremen.de/avosetta/janjansarticle1.pdf> [sitert 25.7.2014]
- Lillo, Marco. *Forholdsmessighetsprinsippet i EU-retten og dets betydning i norsk rett*. I: *Lov og Rett*. (2004), s. 515-535
- Lødrup, Peter *Lærebok i erstatningsrett*. 6. utg. Oslo, 2009.
- Mathisen, Gjermund. *EUs tredje søyle (politisamarbeid og rettslig samarbeid i straffesaker) og innvirkning på norsk lovgivning*. I: *Tidsskrift for strafferett*. (2003), s. 277-299.
- Myhre, Robert. *Avvisningsplikt i offentlige anbudskonkurranser for vedtatt forelegg på korrupsjon mv*. I: *Lov og Rett*. (2008), s. 226-230
- Høivik, Knut *Foretaksstraff*. Bergen, 2011
- Jacobs, James B. og Anechiarico, Frank. *Blacklisting Public Contractors as an Anti-Corruption and Racketeering Strategy*. I: *Criminal Justice Ethics*. (1992), s. 64-76.
- Poulsen, Troels S., Jakobsen, Peter S. og Kalsmose-Hjelmberg *EU Public Procurement Law*. 2. utg. København, 2012
- Piselli, Elisabetta. *The scope for excluding providers who have committed criminal offences under the E.U. Procurement Directive*. I: *Public Procurement Law Review*. (2000) s. 267-286

- Preiss, Hans-Joachim *The rules on exclusion and self-cleaning under the 2014 Public Procurement Directive*. I: Public Procurement Law Review. (2014), s. 112-123
- Preiss, Hans-Joachim, Hermann Pünder og Stein, Roland M. *Self-Cleaning under National Jurisdictions of EU Member States: Germany*. I: Self-Cleaning in Public Procurement Law. 2009, s. 52-100
- Reidlinger, Alex, Stephan Denko og Hanna Steinbach. *Self-Cleaning under National Jurisdictions of EU Member States: Austria*. I: Self-Cleaning in Public Procurement Law. 2009, s. 33-50
- Schooner, Steven L. *The Paper Tiger stairs: Rethinking Suspension and Debarment*. I: Public Procurement Law Review. (2004), s. 211-217
- Schooner, Steven L. *Desiderata: Objectives for a System of Government Contract Law*. I: Public Procurement Law Review. (2002) s. 103-110
- Shaw, Steven A. *Access to information: the key challenge to a credible suspension and debarment programme*. I: Public Procurement Law Review. (2004), 230-234
- Schaumburg-Müller, Peer og Werlauff, Erik *EU selskabs- børs- og kapitalmarksregler*. 2. utg. København, 2003
- Steinicke, Michael og Lisa Groesmeyer *EUs Udbudsdirektiver*. København, 2008.
- Sundby, Anne Cathrine. *EU's arbeid med modernisering av selskapsretten*. I: Tidsskrift for forretningsjuss. (2003), s. 427-471
- Taraldset, Birte. *Selvregulering som sivil og strafferettslig reguleringsmekanisme for forebygging og avdekking av korrupsjon*. I: Tidsskrift for strafferett. (2011), s. 6-43
- Trimidas, Taki *The General Principles of EC Law*. 2. utg. New York, 2006
- Trepte, Peter *Public Procurement in the EU* 2. Utg. New York, 2007
- Trygstad, Kristian D. *Vedtatte foreleggs betydning for avvisningsplikten i forskrift om offentlige anskaffelser – kommentar til Robert Myhre*. I: Lov og Rett. (2008), s. 380-384
- Tillipman, Jessica *The Congressional War on Contractors*. I: George Washington International Law Review. (2013) s. 235-250
- Williams, Sope. *The Mandatory Exclusions for Corruption in the New EC Procurement Directives* I: European Law Review. 35 (2006), s. 711-734
- Williams, Sope. *Mandatory Contractor Exclusions for Serious Criminal Offenses in UK Public Procurement*. I: European Public Law Review. (2009) s. 429-466

Williams, Rhodri. *Anti-corruption measures in the EU as they affect public procurement*. I: Public Procurement Law Review. (2014), s. 95-99

Williams-Elgbe, Sope *Fighting Corruption in Public Procurement*. Oregon, 2012.

Wiggen, Janicke *Anskaffelsesdirektivet og samarbeid i offentlig sektor*. Oslo, 2013

Wyatt and Dashwood`s *European Union Law*. Dashwood ... [et al.]. 6. Utg. Oregon, 2011.

7. Andre kilder

Corruption Watch Paper *Creating effective corporate sanctions: debarment under EU Procurement laws and its impact on enforcing overseas corruption offences*. Mars 010. <http://hawleyfeinstein.files.wordpress.com/2010/02/debarment-as-a-corporate-sanction-the-issues.pdf> [sitert 20. juli 2014]

Transparency International`s *Recommendation for the Development Recommendations for the Development and Implementation of an effective Debarment System in the EU*. Berlin, 28. mars 2006. <http://www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2013/12/2006-03-28-TI-EU-debarment-recommendations.pdf> [sitert 20. juli 2014]

Transparency International *Blacklisting the Corrupt: Why the EU Debarment System does not work*. 8. januar 2014. <http://www.transparencyinternational.eu/2014/01/blacklisting-the-corrupt-why-the-eu-debarment-system-does-not-work/> [sitert 20. juli 2014]

SIGMA *Public Procurement Brief 24: The use of Official Automatic Exclusion Lists in Public Procurement*. Juli 2013. http://sigmaweb.org/publications/Brief24_ExclusionListsInPP_2013.pdf. [sitert 20. juli 2014].

8. Empiriske undersøkelser

Eurostat *Trafficking in human beings*. 2013. http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-is-new/news/news/2013/docs/20130415_thb_stats_report_en.pdf. [sitert 15. juli 2014]

Special Eurobarometer 397 *Corruption Report*. Februar 2014. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_397_en.pdf [sitert 15. juli 2014]

Transparecy International *The European Union Integrity System*. April 2014.
[http://www.transparencyinternational.eu/wp-](http://www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2014/04/EU_Integrity_System_Report.pdf)
content/uploads/2014/04/EU_Integrity_System_Report.pdf.